Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

(HGB. §§ 369 und 370.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Percy von Zimmermann

aus Libau in Kurland.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Meinem Vater!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

§ 1. Einleitung 1

Zweiter Teil.

Die Voraussetzungen des ordentlichen Zurückbehaltungsrechts.

§ 2. I. Die Subjekte 5
§ 3. II. Die Objekte 9
§ 4. Die Eigentumsverhältnisse an den Objekten 16
§ 5. Die Besitzverhältnisse an den Objekten 20
§ 6. Die Besitzerlangung insbesondere 22
§ 7. III. Die zur Zurückbehaltung berechtigende Forderung 28
§ 8. IV. Die negativen Voraussetzungen 37

Dritter Teil.

Die Voraussetzungen des außerordentlichen Zurückbehaltungsrechts.

§ 9. Das Notzurückbehaltungsrecht 45

Literaturverzeichnis.

Anschütz-v. Völderndorff, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Erlangen 1874.

Caesar, Wodurch unterscheidet sich das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht von dem Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs? Freiburger Diss. Straßburg 1904.

Conrad, Grundriß zum Studium der politischen Ökonomie. Teil 1. 5. Aufl. Jena 1905.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 4. Aufl. Halle 1908.

Deutsche Juristenzeitschrift Jahrg. 1899.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Mannheim 1901.

Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister. In Jherings Jahrbüchern Bd. 47. Jena 1904.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2. Leipzig 1882.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Berlin 1906.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Erlangen 1868.

Gruchots Beiträge Bd. 21, 40 u. 45.

v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. Braunschweig 1879.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1907.

Jakobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Rechte des Deutschen Reichs Jena 1901.

Korn, Das kaufmännische Retentionsrecht nach dem deutschen Handelsgesetzbuch. Tübinger Diss. Tübingen 1881.

Laband, Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht. In Goldschmidts und Labands Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 9. Erlangen 1866.

Langheineken, Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin 1901.

Makower, Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin 1907.

Masch, Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts bei normaler Vermögenslage des Schuldners. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Materialien zum Handelsgesetzbuch. Ausgabe v. Hahn-Mugdan.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs. Ausgabe Lutz.

Puchelt, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 4. Aufl. Leipzig 1894.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.

Seufferts Archiv Bd. 24.

Sievers, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Im Sächsischen Archiv für deutsches bürgerliches Recht Bd. 14. Leipzig 1904.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. München 1908.

Thöl, Das Handelsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1875.

Wertheimber, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Erlanger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Erster Teil.

§ 1.

Einleitung.

Je nachdem sich der allgemeine Güterumsatz in der Hauptsache auf dem Wege des Naturaltausches oder durch Geld oder auf Grund des Kredites vollzieht, spricht man[1]) von Natural-, Geld- oder Kreditwirtschaft. Wenn sich auch zwischen diesen historisch nacheinanderfolgenden Phasen keine scharfen Grenzen ziehen lassen, da die Übergänge nur sehr allmähliche sind, so tritt doch in den einzelnen Zeiten eine Art des Umsatzes für den Verkehr so bestimmend hervor, daß sie der Zeit ihr eigenes Gepräge verleiht.

Die in unserer Zeit dominierende Kreditwirtschaft ist in Deutschland zwar erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts zum vollen Durchbruch gelangt, ihre Anfänge liegen aber auch für Deutschland im ausgehenden Mittelalter, und ihre Entwicklung lief parallel mit dem Wachsen des Handels und Verkehrs.

Zu den wesentlichen Voraussetzungen einer Kreditwirtschaft gehören entwickelte Rechtsinstitutionen, die dem Gläubiger eine feste Stütze sind und die Möglichkeit geben, den Schuldner zum Nachkommen seiner Verpflichtungen zu zwingen. Solange sich der Geschäftsverkehr noch in engen Grenzen bewegt, hat der einzelne eine recht sichere Kontrolle über das Zahlenwollen und Zahlenkönnen seiner Geschäftsfreunde. Je lebhafter und verzweigter aber die Handelsbeziehungen werden, desto schwerer wird es dem Kaufmann, Solvenz und Redlichkeit seiner ihm jetzt zum großen Teil persönlich unbekannten Kontrahenten zu überwachen, und desto größer wird auch die Gefahr der plötzlichen

[1]) Nach Hugo Hildebrand; vgl. Conrad Bd. 1 S. 120.

Insolvenz eines Schuldners aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen. Jetzt müssen dem Gläubiger in noch höherem Maße Rechtsbehelfe gewährt werden, die ihn gegen eine etwa eintretende gefährdende Unsicherheit des Schuldners schützen und zu einer schnellen und sicheren Befriedigung führen.

Die der Sicherheit des Gläubigers dienenden Rechtsbehelfe des gemeinen Rechts, wie Bürgschaft, Pfandrecht, Kompensation und Retention, konnten auf die Dauer einem sich immer mehr entwickelnden Kreditverkehr nicht genügen.

Die Sicherung durch Bürgen oder Pfand hatte unter anderem den großen Nachteil, daß das Begehren nach ihrer Bestellung von den Kaufleuten als ein Mißtrauensvotum angesehen wurde, das man sich ungern bieten ließ. Auch war diese Bestellung recht umständlich und zu schwerfällig für den flinken Handelsverkehr, mit dessen Erfordernissen außerdem die vielen gemeinrechtlichen Bürgen- und Pfandprivilegien, die einer prompten Befriedigung widerstanden, unverträglich waren. Zu beachten ist auch, daß ein Vermögensgegenstand durch seine Bestellung als Pfand ökonomisch entwertet ist, indem es nun zeitweise zum weiteren Umlauf untauglich gemacht wird.

Die gemeinrechtliche Retention war besonders infolge des Erfordernisses der Konnexität von beschränkter Anwendungsfähigkeit, versagte außerdem[1]) im Konkurse des Schuldners.

Das dem Gläubiger sonst günstige Mittel der Kompensation war wieder nur bei Gleichartigkeit der Forderungsgegenstände anwendbar.

Die Entwicklung des Handels strebte nun nach einem umfassenderen und handlicheren kaufmännischen Sicherungsrechte, das allen Anforderungen gerecht werden konnte. Diesem Streben ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht entsprungen.

Seine Entstehung und eigentümliche Ausbildung verdankt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht der im kaufmännischen Verkehr herrschenden Anschauung, daß die in den Händen des Gläubigers befindlichen schuldnerischen Waren als Deckungsmittel für Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner

[1]) Bis auf Ausnahmefälle.

dienen, und zwar besonders im Konkurse des Schuldners, dem der gemeinrechtlichen Retention und Kompensation zugrunde liegenden Äquitätsgedanken und einer eigentümlichen Verwertung der Kompensationsgrundsätze, die dadurch ermöglicht wurde, daß im Verkehr der Kaufleute miteinander alle Waren als Träger nicht von Gebrauchswert, sondern von Vermögenswert, d. h. als Geld in Betracht kommen.

Die ersten deutlichen Spuren eines kaufmännischen Retentionsrechts finden sich in den Statuten der oberitalienischen Städte, namentlich in den Statuten von Florenz und Genua aus der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts.[1]) Durch den großen Einfluß des italienischen Handels fand dies Institut auch in Deutschland allmählich Aufnahme.[2]) Es begegnet uns hier vor allem in den Statuten, Wechselordnungen und Fallitgesetzen der Handelsstädte, wie Augsburg, Nürnberg, Frankfurt a. M., Leipzig, Hamburg, Bremen, aber keineswegs als allgemeines kaufmännisches Zurückbehaltungs- und Selbstbefriedigungsrecht, sondern nur beschränkt auf bestimmte kaufmännische Personenklassen und auf einzelne Fälle des Kreditverkehrs.[3]) Gemeinrechtlich galten aber auch in Handelssachen lediglich die dem Handelsverkehr nicht genügenden bürgerlichen Rechtssätze über Pfand und Retention, welche dazu noch dank einer unklaren Theorie und pedantischen Praxis verengt, unklar und schwankend geworden waren.[4])

Diesem unbefriedigenden Rechtszustande half das alte deutsche Handelsgesetzbuch ab, das ein allgemeines kaufmännisches Deckungsrecht schuf.[5])

Das neue Handelsgesetzbuch hat das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im wesentlichen in der Form der Art. 313—316

---

[1]) vgl. Goldschmidt Bd. 1 Abt. 2 S. 999.

[2]) Erleichtert wurde diese Aufnahme durch herrschende deutsche Rechtsgedanken, die dem Deckungsrechte unverkennbar ähnlich waren; vgl. Schlegelberger S. 78f. und Goldschmidt Bd. 1 Abt. 2 S. 986.

[3]) vgl. Goldschmidt Bd. 1 Abt. 2 S. 996 u. 1006; Korn S. 3f.

[4]) Goldschmidt Bd. 1 Abt. 2 S. 1013.

[5]) Als Grundlage diente in erster Linie der österr. Entw.; darüber Näheres bei Korn S. 8ff.

übernommen. Die Abweichungen, welche zum Teil durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches bedingt waren, sind keineswegs erhebliche. Soweit diese Abweichungen die Voraussetzungen des Rechts betreffen, sollen sie bei der Darstellung des geltenden Rechts hervorgehoben werden.

Zweiter Teil.

Die Voraussetzungen des ordentlichen Zurückbehaltungsrechts (HGB. § 369).

§ 2.

1. Die Subjekte.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht steht nur einem Kaufmann gegen einen Kaufmann zu.

Der 1. Entw. zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch (Art. 262) forderte[1]) lediglich auf seiten des Retinenten Kaufmannseigenschaft. Die Nürnberger Kommission[2]) verwarf jedoch diese ungerechtfertigte Bevorzugung des Kaufmanns gegenüber dem Nichtkaufmanne und beschränkte das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auf die Anwendung nur unter Kaufleuten, indem sie zur Voraussetzung des Rechts Kaufmannseigenschaft beider Parteien machte.

Die §§ 1—7 HGB. bestimmen im allgemeinen, wer Kaufmann ist. Ein Unterschied zwischen Voll- und Minderkaufleuten wird für das Zurückbehaltungsrecht nicht gemacht.

Subjekte des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts können auch die Scheinkaufleute sein, da nach § 5 HGB. der Eingetragene selbst wie auch jeder Dritte sich auf die Eintragung berufen kann, ohne daß ihm das Nichtvorhandensein der wirklichen Kaufmannseigenschaft entgegengesetzt werden kann, die Eintragung hier ausnahmsweise heilenden Charakter hat.

Nach Staubs Ansicht[3]) genügt auch derjenige der Voraussetzung der Kaufmannsqualität, welcher „als Kaufmann auftritt

---

[1]) Im Anschluß an § 50 des österr. Entw.

[2]) Prot. S. 1348ff.

[3]) Bd. 2 S. 1390.

und dadurch als Kaufmann gilt". Zwei Fälle kommen hier in Betracht: der Betreffende ist im Handelsregister eingetragen, ohne daß er überhaupt ein Gewerbe treibt; der Betreffende betreibt kein Handelsgewerbe, ist auch nicht eingetragen, gilt aber als Kaufmann, da er sich als solcher geriert.

Was den ersten Fall anbetrifft, ist folgendes zu bemerken: Eine falsche Eintragung, die auf falscher Anmeldung oder auf Versehen des Richters beruht, braucht der Dritte nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn nicht ausnahmsweise die Eintragung die quasi konstitutive Wirkung des § 5 hat. Der hier in Betracht kommende § 15 Abs. 2 HGB. sagt auch nur, daß der Dritte eine Tatsache gegen sich gelten lassen muß, nachdem und nicht sowie sie eingetragen und bekanntgemacht worden ist. Voraussetzung der Geltung ist also grundsätzlich Richtigkeit der Eintragung, und nicht darf etwa angenommen werden, daß grundsätzlich ein nicht vorhandenes Rechtsverhältnis durch Eintragung in das Handelsregister als vorhanden gilt.[1]) Da nun der § 5 für unseren Fall nicht in Betracht kommt, da unbedingte Voraussetzung der Scheinkaufmannseigenschaft das Betreiben eines Gewerbes ist, so ist der Beweis der Unrichtigkeit der Eintragung, die für sich bloß die Vermutung ihrer Legalität[2]) hat, ohne weiteres zulässig. Ist dieser Beweis erbracht, so ist der Eingetragene entwaffnet.

Andrerseits kann auch das Retentionsrecht nicht gegen den Eingetragenen gewährt werden, denn der § 15 enthält auch nicht die geringste Andeutung davon, daß der Abs. 2 etwa auch zugunsten Dritter gilt, mit anderen Worten, daß ein jeder Dritte sich auf das Handelsregister berufen kann, wenn sein guter Glaube durch den Inhalt des Registers und der Bekanntmachung gedeckt ist.[3])

Was den zweiten Fall anbetrifft, so ist der Voraussetzung des § 369 erst recht nicht Genüge geschehen.

---

[1]) vgl. Ehrenberg, Jahrb. Bd. 47 S. 291 ff.; auch ROHG. Bd. 23 S. 286; RG. Bd. 20 S. 170.

[2]) RG. Bd. 41 S. 22.

[3]) Wie von Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 82 und Staub Bd. 1 S. 86 f. angenommen wird.

M. E. ist Staubs Ansicht nicht beizupflichten, da sie dem Rechte nicht entspricht und die sich etwa ergebenden Unbilligkeiten mit Hilfsmitteln des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich ausgleichen lassen. In Betracht kämen Anfechtung wegen Irrtums, Schadensersatz wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Schädigung, also die §§ 119, 276, 823, 826 u. 839 BGB.[1]) Dank diesen Hilfsmitteln würde man im Resultat der Ansicht des Reichsgerichts[2]) entsprechen, nach der der Eingetragene unter gewissen Umständen genötigt sein soll, sich so behandeln zu lassen, als wäre die Eintragung richtig.

Die Kaufmannseigenschaft muß auf beiden Seiten vorhanden sein, sowohl zur Zeit der Entstehung der Forderung, derentwegen retiniert wird, denn nur dann kann sie aus beiderseitigen Handelsgeschäften herrühren, als auch im Zeitpunkt der Entstehung des Retentionsrechts, das wäre zur Zeit des Zusammentreffens aller gesetzlichen Voraussetzungen. Daß die Kaufmannseigenschaft auch im zweiten Zeitpunkte vorliegen muß, ergibt sich aus ihrer ausdrücklichen Hervorhebung in den Worten „ein Kaufmann hat... gegen einen anderen Kaufmann", die sonst durchaus überflüssig wäre, da ja die Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften hervorgegangen sein muß, die doch nur zwischen Kaufleuten möglich sind.[3])

Verliert der Gläubiger oder der Schuldner die Kaufmannseigenschaft nach Entstehen des Zurückbehaltungsrechts, so hat dieser Verlust keinen Einfluß auf das einmal erworbene Recht. Daher brauchen weder Gläubiger noch Schuldner die Kaufmannseigenschaft bei tatsächlicher Ausübung des Zurückbehaltungsrechts noch zu besitzen, da auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht erst mit seiner Ausübung, sondern schon mit der Realisierung seiner Voraussetzungen entsteht.[4])

---

[1]) Ehrenberg S. 334.

[2]) Bd. 1 S. 243 u. Bd. 50 S. 429.

[3]) Ebenso Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 559; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 86; Makower Bd. 2 S. 1108.

[4]) And. A. OTr. v. 19. 12. 1876 (Gruchots Beitr. Bd. 21 S. 605); vgl. dagegen Sievers S. 167.

War eine der Parteien[1]) zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts ein Scheinkaufmann und erfolgte in einem späteren Zeitpunkte eine gültige Löschung des Eintrags, weil die zur rechtmäßigen Eintragung erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben waren, so geht dadurch das einmal erworbene Recht nicht verloren, da die Partei eben im früheren maßgebenden Zeitpunkte kraft der Eintragung nach § 5 HGB. als Kaufmann galt, und eine vom Registerrichter gemäß § 142 FGG. vorgenommene Löschung hier keine rückwirkende Kraft hat.[2])

Nach obiger Ausführung sind hiernach für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht aktiv und passiv legitimiert die Mußkaufleute (§ 1), Sollkaufleute (§ 2), Kannkaufleute (§ 3) und Scheinkaufleute (§ 5), ferner nach § 6 HGB. die Handelsgesellschaften, insofern sie den Bedingungen der §§ 1—5 HGB. genügen, ferner die sogen. geborenen Kaufleute, d. s. die Aktiengesellschaften (§ 210 Abs. 2 HGB.), die Kommanditgesellschaften auf Aktien (§ 320 Abs. 3 HGB.), die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 13 Abs. 3 des Ges. v. 20. 4. 1892) und die eingetragenen Genossenschaften (§ 17 des Ges. v. 1. 5. 1889). Die Unternehmungen des Reichs, der Bundesstaaten und der Kommunalverbände, die sich als Betrieb eines Handelsgewerbes darstellen, sind nach § 36 HGB. auch ohne Eintragung Kaufleute; daher findet das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auch in den Betrieben genannter Unternehmungen, z. B. Eisenbahnen, Manufakturen, Straßenbahnen u. a., Anwendung. Nicht anwendbar ist dagegen unser Recht im Geschäftverkehr der Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten, als diese kraft ausdrücklicher Bestimmung (§§ 452, 463 HGB.) nicht als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs gelten, wie auch der Sparkassen und der landwirtschaftlichen Kreditinstitute, da diese Betriebe keinen Erwerbszweck haben und daher keine gewerblichen Unternehmungen im Sinne des Handelsgesetzbuchs sind.[3])

---

[1]) oder beide.

[2]) vgl. Düringer in DJZ. 1899 S. 168.

[3]) vgl. Denkschr. S. 13.

§ 3.

II. Die Objekte.

Objekte des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts können nach § 369 HGB. nur bewegliche Sachen und Wertpapiere sein.

Immobilien sind von der Retention gänzlich ausgeschlossen.[1]) Dem Ausschluß unterliegen auch Forderungen und Rechte, die nicht in einem Papier verbrieft sind, das sich als Wertpapier darstellt, als Forderungen und Rechte nicht Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Handelsgesetzbuchs sind.[2])

Sachen im Sinne des Handelsgesetzbuchs sind zweifellos auch nur „körperliche Gegenstände".

Nach Staubs und Sievers Ansicht gehören aber zu den „beweglichen Sachen" des § 369, wie des Handelsgesetzbuchs überhaupt, nur „Waren"; sie wollen damit sagen, daß der Begriff der beweglichen Sache des Handelsgesetzbuchs nicht der des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern ein engerer ist. Sie folgern das aus der Parenthese des § 1 Abs. 2 Ziff. 1.[3]) M. E. liegt in genannter Parenthese keine Beschränkung des Begriffs „bewegliche Sache". Die Hinzufügung der Bezeichnung „Waren" soll nur ausdrücken, daß bewegliche Sachen durch Anschaffung und Weiterveräußerung zu Waren werden, daß sie in dem Übergangsstadium der Vermittlung als Waren bezeichnet zu werden pflegen.[4]) Sievers[5]) findet außerdem in der „Gegenüberstellung" von beweglichen Sachen einerseits und Wertpapieren andrerseits im § 369 eine Begründung seiner Ansicht. Aus bezeichneter Gegenüberstellung zieht Sievers den Schluß, daß der Begriff bewegliche Sache nicht der des Bürgerlichen Gesetzbuchs sein

---

[1]) Für das a. HGB. verstand sich das von selbst, als nach Art. 275 Immobilien überhaupt nicht Gegenstand von Handelsgeschäften sein konnten.

[2]) Der Kreis der Objekte des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts ist ein weit größerer, denn der § 273 BGB. berechtigt, „die geschuldete Leistung zu verweigern".

[3]) Staub Bd. 1 S. 40; Sievers S. 169.

[4]) vgl. Goldmann Bd. 1 S. 124.

[5]) S. 169.

kann, da in diesem Sinne ja auch die Wertpapiere unter den Begriff der beweglichen Sachen fallen. M. E. ist in dem Wortlaut des § 369 nur eine besondere Hervorhebung der Wertpapiere als Retentionsobjekte zu finden. Diese Hervorhebung ist durchaus geboten, da der gesetzliche Sprachgebrauch nicht einheitlich ist, und es daher oft zweifelhaft, ob unter dem Ausdruck „Sachen" die Wertpapiere mit inbegriffen sind. Ein Wertpapier ist als Stück Papier selbstverständlich eine bewegliche Sache. Andrerseits liegt aber die wesentliche Bedeutung des Wertpapiers nicht in dem körperlichen Substrat, sondern in dem Recht, auf welches es lautet. Ihre Sacheigenschaft ist sozusagen durch das überwuchernde Recht so zurückgedrängt, daß dadurch die Zweifel entstehen können, die der § 369 durch seine Fassung beseitigen will.[1])

Wollte man auch mit Staub und Sievers den Begriff der beweglichen Sache dem der Ware für das Handelsgesetzbuch gleichstellen, so würde das doch keineswegs zu einer Einschränkung des Kreises der beweglichen Sachen als Retentionsobjekte führen, da Ware ein sehr dehnbarer Begriff ist, der weder im alten noch neuen Handelsgesetzbuch eine prinzipielle Abgrenzung gefunden hat. Waren können alle beweglichen Sachen sein, welche natürlich und rechtlich des Umsatzes fähig sind.[2]) Umsatzfähig sind aber an sich alle beweglichen Sachen.[3]) Zu einer Beschränkung würde die Gleichstellung wohl aber führen, wenn man unter Waren nur die beweglichen Sachen verstehen wollte, die „regelmäßig Handelsobjekte zu sein pflegen".[4]) Dieser enge und sehr unbestimmte Begriff ist aber nur dann am Platze, wenn das Gesetz den Ausdruck „Waren" anderen beweglichen Sachen entgegenstellt.

Da nun der § 369 den Ausdruck bewegliche Sachen gebraucht und nicht Waren,[5]) so ist m. E. das kaufmännische

---

[1]) Ähnlich Cäsar S. 20f.; vgl. Endemann Bd. 2 S. 144.

[2]) Goldschmidt Bd. 1 Abt. 2 S. 526.

[3]) vgl. Denkschr. S. 10.

[4]) Goldschmidt Bd. 1 Abt. 2 S. 529; vgl. Endemann Bd. 2 S. 6ff.

[5]) Wie z. B. in den §§ 55 Abs. 3, 86 Abs. 2, 93, 261 u. a.; vgl. Denkschr. S. 10, aus der erhellt, daß auch hier alle beweglichen Sachen gemeint sind.

Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich an allen beweglichen Sachen möglich. In diesem Sinne sind auch die Entscheidungen des Reichsgerichts und besonders die des Reichsoberhandelsgerichts, das sogar an Beweisdokumenten, welche doch weder Wertpapiere sind noch als Waren in Betracht kommen können, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht für zulässig erklärt. Da nun andrerseits die Retentionsobjekte auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Retinierenden gelangt sein müssen, so werden sie regelmäßig auch der von Sievers ausdrücklich geforderten Warenqualität entsprechen.

Was Geld anbetrifft, so kann es Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nur dann sein, wenn es als species, z. B. Geld im versiegelten Beutel, in Betracht kommt. An der fungiblen Geldsumme ist das kaufmännische Retentionsrecht[1]) ausgeschlossen, denn hier würde eine Leistung verweigert werden und nicht etwa die Herausgabe einer bestimmten Sache. So darf z. B. das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an einem Guthaben auf Girokonto (depositum irregulare) nicht ausgeübt werden.[2])

Vermögens- oder Sachinbegriffe als solche können nicht Retentionsobjekte sein, wohl aber können dies ihre einzelnen Gegenstände sein.

Ausgeschlossen sind vom kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte bewegliche Sachen, die unter einem gesetzlichen Veräußerungsverbote stehen (BGB. § 134). Unterliegen dagegen die beweglichen Sachen einem nur den Schutz bestimmter Personen bezweckenden Veräußerungsverbote (BGB. § 135), so ist das Zurückbehaltungsrecht an ihnen möglich, gegenüber den bestimmten Personen jedoch unwirksam.[3])

Außer den beweglichen Sachen werden die Wertpapiere vom Gesetz als Gegenstände des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts bezeichnet.

Der Ausdruck „Wertpapier“ ist in die Gesetzessprache durch das alte Handelsgesetzbuch eingeführt worden. Die gesetzlichen Be-

[1]) Im Gegensatz zum bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht.
[2]) RG. Bd. 12 S. 20, 80, 91.
[3]) vgl. Staub Bd. 2 S. 1394.

stimmungen über die Wertpapiere liefern jedoch nur recht dürftige Kennzeichen, die zu einer festen Abgrenzung des Begriffs „Wertpapier“ nicht führen. Der Begriff des Wertpapiers wird bestimmt durch die Funktion, welche die Urkunde bei der Verwertung des verbrieften Rechts versieht.[1]) Wertpapier ist[2]) eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung (Ausübung und Übertragung des verbrieften Rechts) durch die Innehabung der Urkunde bedingt ist. Urkunden, deren Besitz zwar nicht für die Ausübung, aber für die Übertragung des verbrieften Rechts unentbehrlich ist, wie z. B. die Namensaktien, fallen auch unter den Begriff der Wertpapiere („unvollkommene Wertpapiere“).

Da der § 369 das Zurückbehaltungsrecht „an den Wertpapieren“ einräumt, so sind alle Arten von Wertpapieren als geeignete Retentionsobjekte anzusehen.[3]) Eine in der Literatur besonders von Staub[4]) vertretene Ansicht will dagegen das Retentionsrecht auf „die für den Handelsverkehr bestimmten Wertpapiere“ beschränken. Das sollen solche Wertpapiere sein, die „ihrer Natur nach insbesondere mit Rücksicht auf ihre leichte Übertragbarkeit als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen“.[5]) Abgesehen davon, daß die leichte Negotiabilität, der Anhaltspunkt für die Bestimmung dieser Handelspapiere, ein recht unbestimmter Begriff ist, findet sich im § 369 auch keine Andeutung ihrer Erforderlichkeit.[6]) Die von Staub zur Begründung seiner Ansicht angeführte Denkschrift[7]) sagt auch nur, daß dort, wo das Wort Wertpapier an Stelle der bisher im alten Handelsgesetzbuch sich findenden Ausführung einzelner als erläuternde Beispiele dienender Gattungen von Wertpapieren gesetzt worden ist, das neue Handelsgesetzbuch trotz des weiteren Ausdrucks

---

[1]) vgl. Brunner bei Endemann Bd. 2 S. 140f.

[2]) Nach Brunner.

[3]) So auch Lehmann-Ring Bd. 2 S. 87.

[4]) Bd. 2 S. 1392f.; auch Goldmann Bd. 1 S. 12; Sievers S. 168; Schlegelberger S. 196.

[5]) vgl. Denkschr. S. 10.

[6]) vgl. Jakobi S. 15ff.

[7]) S. 10.

auch nur die Art der bisher angeführten Papiere im Auge habe. Nun spricht aber schon der Art. 313 schlechthin von Wertpapieren und entbehrt jener in der Denkschrift erwähnten Ausführung, die sich z. B. im Art. 271 findet. Schon daraus dürfte gefolgert werden, daß auch das alte Handelsgesetzbuch für das Retentionsrecht alle Arten der Wertpapiere im Auge hatte.[1]) Mithin erbringt die Denkschrift eher den Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Es ist zwar zuzugeben, daß regelmäßig nur die „einer leichteren Übertragbarkeit"[2]) fähigen Wertpapiere, also Inhaberpapiere und indossable Wertpapiere, als Retentionsobjekte in Betracht kommen können, da regelmäßig nur genannte Papiere Gegenstand der Handelsgeschäfte sind und die Retentionsobjekte ja auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Retinierenden gelangt sein müssen. Andrerseits können aber alle Arten von Wertpapieren in den Handelsverkehr treten, also auch Rektapapiere, zu deren Übertragung es der Zession bedarf. Es ist nun nicht einzusehen, warum letztgenannte Papiere von der Retention ausgeschlossen sein sollen, da eine Befriedigung des Retinierenden aus ihnen doch möglich ist.[3])[4]) Der Weg bis zur Befriedigung[5]) wird hier zwar regelmäßig weitläufiger sein als bei den Inhaberpapieren und den indossablen Wertpapieren, andrerseits jedoch wohl einfacher als bei den vinkulierten Aktien und Interimsscheinen, deren Übertragung an die Einwilligung der Gesellschaft gebunden ist und die als Retentionsobjekte vom Reichsgericht anerkannt werden.[6]) [7])

---

[1]) vgl. auch Jacobi S. 15.

[2]) v. Hahn Bd. 1 S. 10.

[3]) Abgesehen davon, daß durch das faktische Zurückbehalten des Papiers ein Druck auf den Schuldner ausgeübt wird, der ihn zur Leistung regelmäßig veranlassen wird.

[4]) Daß der § 404 BGB. (Einwendungen des Schuldners) die Befriedigung im konkreten Fall vereiteln kann, verneint noch nicht allgemein die Retentionsfähigkeit besprochener Papiere.

[5]) vgl. Denkschr. S. 214; Makower Bd. 2 S. 1133; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 585; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 94; insbesondere für Rektawarenpapiere Staub Bd. 2 S. 1409 und Lehmann-Ring Bd. 2 S. 88.

[6]) Bd 36 S. 39; auch von Staub Bd. 2 S. 1393; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 87.

[7]) Daß vinkulierte Aktien noch viel weniger „für den Handel bestimmt"

Urkunden, die zum Beweise von Rechten dienen, ohne selbst das Recht zu verkörpern, bloße Legitimationspapiere und Beweisdokumente sind weder im Sinne des Handelsgesetzbuches noch Bürgerlichen Gesetzbuches Wertpapiere. Diese Urkunden zählen aber zu den beweglichen Sachen. Ob sie in dieser ihrer Sacheigenschaft Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sein können, ist sehr bestritten. Das ehemalige Reichsoberhandelsgericht geht in seinen Entscheidungen stets davon aus, daß alle Arten von Urkunden nach Art. 313 retiniert werden können, auch wenn sie keinen Vermögenswert haben.[1]) Dagegen erkennt die Praxis des Reichsgerichts dem Gläubiger ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an Legitimationspapieren und Beweisdokumenten nicht zu, da ihnen „ein selbständiger realisierbarer Vermögenswert fehlt".[2]) Der Ansicht des Reichsgerichts schließt sich die heute herrschende Meinung an.[3])

M. E. hätte die herrschende Meinung zweifellos recht, wenn eben der realisierbare Vermögenswert unbedingte Voraussetzung des Retentionsobjekts und hiermit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts wäre. Durchaus erforderlich ist beregter Vermögenswert für die Befriedigung des Gläubigers „aus dem zurückbehaltenen Gegenstande". Das Befriedigungsrecht ist gewiß auch die wesentliche Wirkung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, doch nicht die ausschließliche. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht enthält nämlich zwei Befugnisse: die Herausgabe des Objekts zu verweigern und sich aus dem Objekt zu befriedigen. Es ist durchaus zuzugeben, daß das Retentionsrecht des Handelsgesetzbuches in erster Linie Sicherung des Gläubigers bezweckt, also ein Deckungs- und Befriedigungsrecht ist; faktisch ist es aber auch, wie das bürgerliche Zurück-

---

sind als z. B. auf den Namen lautende Warenpapiere, wird anscheinend vom RG., von Staub u. a. übersehen.

[1]) z. B. Bd. 3 S. 160, Bd. 6 S. 198, Bd. 9 S. 243; ders. A. v. Hahn Bd. 2 S. 176; Goldschmidt Bd. 1 Abs. 2 S. 983; Endemann Bd. 2 S. 102; Puchelt Bd. 2 S. 130.

[2]) z. B. Bd. 15 S. 58, Bd. 20 S. 135, Bd. 29 S. 301 u. a.

[3]) Staub Bd. 2 S. 1392; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 87; Goldmann Bd. 2 S. 1556; Schlegelberger S. 197; Cosack S. 155; Sievers S. 169.

behaltungsrecht, ein Pressionsmittel. Pression kann nun auch durch bloße Zurückbehaltung des Objekts ausgeübt werden. Mit Recht sagt m. E. Makower[1]: „Es ist nicht einzusehen, warum die Ausübung des geringeren mittelbaren Zwangs ausgeschlossen sein soll, weil der stärkere in diesem Fall nicht ausführbar ist". Da die Befugnis der Herausgabeverweigerung von der Befriedigungsbefugnis grundsätzlich unabhängig ist, so ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht begrifflich möglich, wenn auch den Umständen nach nur ihre schwächere Wirkung in Erscheinung treten kann.[2]) Daß die Zurückbehaltung von Legitimationspapieren oder Beweisdokumenten durchaus geeignet sein kann, einen Zwang auf den säumigen Schuldner auszuüben, wird man wohl nicht leugnen können. Aufgebotskosten, Unbequemlichkeiten und auch die eventuelle Kreditgefährdung, die den Schuldner treffen würden, falls er trotz der faktischen Zurückbehaltung der Papiere über die betreffenden Forderungen verfügen wollte, werden ihn wohl nicht selten bestimmen, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Daß die Zurückbehaltung von Legitimationspapieren oder Beweisdokumenten, welche für Rechte und Forderungen bestehen, wie z. B. Versicherungspolicen, Talons, Sparkassenbücher u. a., nicht auch Retention des betreffenden Rechts bewirkt, ist selbstverständlich.[3]) Daher kann auch im Konkurse des Schuldners ein Absonderungsrecht an der Forderung, am Recht nicht geltend gemacht werden. Im Konkurse[4]) würde überhaupt das Zurückbehaltungsrecht an den besprochenen Papieren keinen Wert für den Gläubiger haben, denn der Verkauf des an und für sich wertlosen Stück Papiers würde zu keinem Resultat führen, und die Befugnis, lediglich die Herausgabe zu verweigern, würde in Rücksicht auf den § 127 KO., nach dem der Konkursverwalter die Herausgabe zwecks Verwertung verlangen kann, erlöschen.

---

[1]) Bd. 2 S. 1111.

[2]) So auch Caesar S. 22.

[3]) Als genannte Papiere ja keine Wertpapiere sind, bei denen durch die Zurückbehaltung des Papiers auch das verbriefte Recht zurückbehalten wird; vgl. Jakobi S. 17.

[4]) Im Konkurse spielt aber das Zurückbehaltungsrecht seine Hauptrolle.

§ 4.

Die Eigentumsverhältnisse an den Objekten.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann regelmäßig nur an solchen beweglichen Sachen und Wertpapieren entstehen, die Eigentum des Schuldners sind. Als Ausnahme ist jedoch nach § 369 Abs. 1 Satz 2 HGB. unter gewissen Voraussetzungen ein Retentionsrecht an eignen Objekten des Gläubigers gegeben. Dies ist eine Neuerung des Handelsgesetzbuchs, während das alte Handelsgesetzbuch streng am Grundsatze festhielt: kein Retentionsrecht an eignen Gegenständen.

Regelfall ist also Eigentum des Schuldners. Rechtliche Verfügungsmacht ohne Eigentum genügt grundsätzlich nicht.[1]) Maßgebend für die Eigentumsfrage ist der Zeitpunkt der Entstehung des Retentionsrechts,[2]) auf den Augenblick der Ausübung des Rechts kommt es hier nicht an. War nämlich der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Retentionsrechts Eigentümer, so hebt ein späterer Eigentumswechsel das Recht nicht auf, es sei denn, daß Besitzverlust eintritt. Überträgt nämlich der Schuldner sein in den Händen des Gläubigers als Retentionsobjekt befindliches Eigentum auf einen Dritten durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (BGB. § 931), so kann der Gläubiger dem Dritten, dem neuen Eigentümer, diejenigen Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen (HGB. § 369 Abs. 2 und BGB. § 986 Abs. 2). In solchem Falle kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auch an Dritten gehörigen Gegenständen ausgeübt werden.

Falls das betreffende Objekt dem Schuldner nicht zu alleinigem Eigentum, sondern zu Miteigentum gehört, so ergreift das Zurückbehaltungsrecht nur die Quote des Schuldners.[3]) Bei Gesamthandverhältnissen ist das eben Ausgeführte nicht anwendbar; hier kommt es wohl darauf an, ob der Schuldner nach

---

[1]) And. M. Goldschmidt S. 1035 und Endemann S. 103.

[2]) Ebenso Staub Bd. 2 S. 1394; Makower Bd. 2 S. 1112; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 89.

[3]) BGB. § 747; vgl. Lehmann-Ring Bd. 2 S. 89.

außen hin über den betreffenden Gegenstand zu verfügen befugt ist oder nicht.[1]) So hat der Gläubiger eines in Gütergemeinschaft lebenden Kaufmanns das Retentionsrecht am Gesamtgut (BGB. §§ 1443 u. 1459). Ausgeschlossen ist dagegen das Retentionsrecht des Privatgläubigers eines Gesellschafters an Gegenständen, die zum Gesellschaftsvermögen gehören.

An Vermögensgegenständen eines Dritten entsteht[2]) kein Zurückbehaltungsrecht, auch dann nicht, wenn der Dritte verpflichtet ist, den betreffenden Gegenstand an den Schuldner zu Eigentum zu übertragen, solange nicht die Übertragung gemäß § 931 BGB. stattgefunden hat.[3]) Daher ist auch dem Frachtführer wegen einer ihm gegen den Absender zustehenden Forderung das Retentionsrecht an den vom Absender verkauften und zum Transport übergebenen Waren abzusprechen, wenn diese Waren schon in das Eigentum des Käufers übergegangen sind.[4]) Anders dagegen ist der Fall beim Vorliegen des right of stoppage in transitu (KO. § 44) zu behandeln. Der § 44 KO. paralysiert den vor der Konkurseröffnung stattgefundenen Eigentumsübergang.[5]) Dieses Recht würde den Verkäufer (Absender) ex tunc wieder zum Eigentümer machen; daher wäre dem Frachtführer in diesem Falle das Retentionsrecht gegen den Absender nur dann zu versagen, wenn die später zu behandelnde negative Voraussetzung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts vorliegen würde.

Das Eigentum des Schuldners ist für den Regelfall ein objektives und absolutes Erfordernis, dessen Fehlen durch den guten Glauben nicht ersetzt werden kann, da der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach §§ 932 ff. BGB. und § 366 HGB. hier keine analoge Anwendung findet.[6]) Die Ansicht, daß das

---

[1]) Im Resultat übereinst. Lehmann-Ring Bd. 2 S. 89 Fußnote; Makower Bd. 2 S. 1112; Schlegelberger S. 198.

[2]) Daß ausnahmsweise das Zurückbehaltungsrecht an Dritten gehörigen Gegenständen ausgeübt werden kann, ist früher angeführt worden.

[3]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 561.

[4]) RG. Bd. 2 S. 1.

[5]) Etwa durch symbolische Tradition (Konnossement, Ladeschein, Lagerschein).

[6]) RG. Bd. 13 S. 129.

Zurückbehaltungsrecht demjenigen Schuldner gegenüber Platz greifen müsse,[1]) welcher den Gläubiger zu der Annahme veranlaßt hatte, daß ihm die betreffenden Gegenstände gehören, entspricht m. E. weder dem Gesetz noch der Billigkeit, da eben das Entstehen das Retentionsrechts an Dritten gehörigen Gegenständen zum Schutze Dritter ausgeschlossen ist. Es kommt hier auf die bloße Tatsache an, ob der Schuldner Eigentümer ist oder nicht.

Da das schuldnerische Eigentum eine Voraussetzung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ist, hat der Gläubiger nötigenfalls den Eigentumsbeweis zu führen.[2])

Wie schon erwähnt, ist nach § 369 Abs. 1 Satz 2 HGB. unter bestimmten Voraussetzungen das Zurückbehaltungsrecht auch an eigenen Gegenständen des Gläubigers gegeben.

Dieses Zurückbehaltungsrecht kann dann stattfinden, „wenn das Eigentum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist".[3]) In diesen Fällen ist der Gegenstand zwar rechtlich Eigentum des Gläubigers, in wirtschaftlicher Hinsicht erscheint er aber als Eigentum des Schuldners. Die Rechtfertigung der Neuerung liegt nun in dem Gedanken, daß solche faktische Vermögensgegenstände des Schuldners nicht weniger geeignet sind, dem Gläubiger als Deckungsmittel zu dienen, als die rechtlich im Eigentum des Schuldners stehenden.

Die Denkschrift[4]) gibt drei Beispiele, bei denen das Eigentum übertragen, aber die Pflicht zur Zurückübertragung sofort beim Eigentumsübergange oder durch spätere Ereignisse begründet wurde. Zunächst führt die Denkschrift folgenden Fall an. Der Gläubiger hat die Ware vom Schuldner gekauft und zum Eigentum erworben, sie aber dann dem Schuldner wegen Mängel zur Verfügung gestellt. Da die bloße Mängelrüge das rechtliche Eigentum des Gläubigers nicht aufhebt, so bleibt der

---

[1]) v. Hahn Bd. 2 S. 177; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 89.
[2]) RG. Bd. 3 S. 154.
[3]) Wortlaut des Gesetzes.
[4]) S. 211 ff.

Gläubiger Eigentümer, bis die Rückübertragung, zu der er an sich verpflichtet ist, stattgefunden hat.[1]) Bis dahin kann nun der Gläubiger an der Ware das Zurückbehaltungsrecht wegen anderweitiger Forderungen gegen den Schuldner geltend machen, außerdem auch die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises beanspruchen.

Ein weiterer wichtiger Fall ist der, daß der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherung für eine Forderung eine bewegliche Sache oder ein Wertpapier zu Eigentum[2]) übertragen hat. Es kann hier der Gläubiger den Gegenstand nach Erledigung des Sicherungszweckes statt zurückzuübertragen wegen einer anderweitigen Forderung gegen den Schuldner retinieren.

Ferner gehören hierher noch die weiteren Fälle, daß ein Gegenstand nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung vom Gläubiger an den Schuldner herauszugeben ist. Man denke z. B. an die Rückgewähr der durch den Schuldner erfolgten Leistung, nachdem die dem Gläubigerempfänger obliegende Gegenleistung infolge eines Umstandes, den keine der Parteien zu vertreten hat, unmöglich geworden ist.

Falls die eben besprochenen Voraussetzungen fehlen, sonst aber dem Gläubiger obliegt, einen Gegenstand dem Schuldner zu Eigentum zu übertragen, so ist die Retention des Gläubigers an dem Gegenstande, als Retention an eigner Sache, ausgeschlossen.[3]) So hat der Gläubiger (Verkäufer) gegenüber dem Schuldner (Käufer), der den Kaufpreis bereits bezahlt hat, wegen einer anderweitigen Forderung kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an dem noch nicht übertragenen Kaufgegenstande. Eine gegenteilige Ansicht, wie sie Dernburg[4]) ver-

---

[1]) Es tritt zunächst infolge der Wandelung der frühere Rechtszustand nicht mit dinglicher Wirkung wieder ein, vielmehr entsteht nur eine obligatorische Verpflichtung beider Teile zur wechselseitigen Rückgewähr der auf Grund des Kaufes empfangenen Leistungen (BGB. §§ 346, 467).

[2]) Fiduziarisches Eigentum.

[3]) Im Gegensatz zu § 273 BGB.

[4]) Bürgerl. R. Bd. 3 S. 957.

tritt, ist mit der klaren Gesetzesbestimmung wohl nicht vereinbar.[1])

Was den Fall der Übertragung des Eigentums durch einen Dritten für den Schuldner betrifft, so ist der Dritte nicht als bloßer Stellvertreter zu denken, als ja sonst nach § 164 BGB. nicht der Dritte, sondern der Schuldner Rechtsvorgänger wäre, und daher die besondere Erwähnung des Falles doch durchaus überflüssig erscheinen dürfte. M. E. ist dieser zweite Fall des Retentionsrechts an eigner Sache folgendermaßen zu denken. Der Dritte ist Eigentümer des betreffenden Gegenstandes, den er aber auf Grund irgendeines Rechtsverhältnisses an den Schuldner zu Eigentum zu übertragen verpflichtet ist. Auf Weisung des Schuldners überträgt nun der Dritte das Eigentum statt auf den Schuldner auf den Gläubiger. Hiernach war der Dritte Rechtsvorgänger und nicht der Schuldner, als dieser mangels eines constitutum possessorium nie rechtliches Eigentum am Gegenstande gehabt hatte. Auch in diesem Fall muß die Zurückübertragungspflicht des Gläubigers vorliegen. Der Gegenstand kann auch hier insofern auf den Schuldner zurückübertragen werden, als der Gegenstand vermöge des erwähnten Rechtsverhältnisses zwischen dem Schuldner und Dritten wirtschaftlich schon ein Vermögensbestandteil des Schuldners war.

§ 5.

Die Besitzverhältnisse an den Objekten.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur an solchen beweglichen Sachen und Wertpapieren entstehen und ausgeübt werden, die im Besitze des Gläubigers sind. In diesen Besitz müssen sie, wie weiter unten zu besprechen ist, mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften gelangt sein.

Der Besitz des Gläubigers kann ein unmittelbarer, aber auch mittelbarer sein. Daß der mittelbare Besitz genügt, geht schon

[1]) So auch Staub Bd. 2 S. 1395; Düringer-Hachenburg Bd. 25 S. 266 u. a.

daraus hervor, daß das Handelsgesetzbuch die Verfügungsmöglichkeit über die Retentionsobjekte mittels eines Warenpapieres als genügend erachtet. Außerdem umfaßt der Begriff Besitz auch allgemein den mittelbaren Besitz, falls das Gesetz schlechthin von „Besitz" spricht.[1]) Der mittelbare Besitz genügt für die Retention nur dann nicht, wenn der Schuldner selbst unmittelbarer Besitzer ist, als sich in diesem Falle das Zurückbehalten durch den Gläubiger als eine tatsächliche Unmöglichkeit darstellt. Das Retentionsrecht ist dagegen gegeben, wenn der Schuldner im Verhältnis zum Gläubiger mittelbarer Besitzer[2]) oder Besitzdiener ist. Auch ist das Recht nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner Mitbesitzer des Gläubigers (BGB. § 1206) ist.[3]) So kann dem Bankier das Retentionsrecht an den Papieren eines Kunden zustehen, falls die Papiere in seiner Stahlkammer liegen, die nur gemeinsam vom Bankier und Kunden geöffnet werden kann.[4])

Der Gläubiger als bloßer Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB. hat kein Retentionsrecht, denn Besitzer ist hier „der andere".[5])

Ausdrücklich erwähnt das Gesetz als zur Retention geeignet den Besitz mittels Konnossements, Ladescheins und Lagerscheins Der Besitz dieser Dispositionspapiere vertritt den Besitz der betreffenden Ware, wenn sie den Gläubiger in die Lage setzen, über das verbriefte Gut zu verfügen. Die Verfügungsmöglichkeit hat der Gläubiger aber nur dann, wenn er die Papiere besitzt und diese auf den Namen des Gläubigers als Adressaten oder Indossatars lauten oder in blanco indossiert sind.[6]) Außerdem müssen die Waren schon von dem Frachtführer, Lager-

---

[1]) Um so mehr als nach den Grundsätzen des BGB. der mittelbare Besitzer (mit wenigen Ausnahmen) dieselbe Rechtsstellung hat wie der unmittelbare.

[2]) Das ist der Normalfall.

[3]) Makower Bd. 2 S. 1117; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 87.

[4]) Schlegelberger S. 203; BGB. § 1206.

[5]) Daher hat der Handlungsreisende kein Retentionsrecht an Musterkollektionen, die er der Kundschaft vorlegen soll.

[6]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 564; Staub Bd. 2 S. 1396 f.

halter oder Schiffer übernommen sein.[1]) Fehlt eins dieser Erfordernisse, so kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an der Ware selbst nicht bestehen, wohl aber, wie schon früher dargelegt, am Papier.[2])

Für den Besitz ist auch der Zeitpunkt der Ausübung des entstandenen Zurückbehaltungsrechts durchaus wichtig. Verliert nämlich der Gläubiger den Besitz nach Entstehung des Zurückbehaltungsrechts aber vor seiner Ausübung, so verliert er damit auch sein Zurückbehaltungsrecht, welches jedoch mit der Wirkung ex tunc dem Schuldner gegenüber wiederauflebt, falls der Besitz vom Gläubiger rechtmäßig wiedererlangt worden ist. Was die Wiedererlangung des Besitzes betrifft, so werden da die weiter zu besprechenden Erfordernisse der ursprünglichen Besitzerlangung (auf Grund eines Handelsgeschäftes mit Willen des Schuldners) nicht verlangt, falls der Gläubiger inzwischen das Recht behalten hat, die Wiedereinräumung des Besitzes zu beanspruchen. Den Anspruch auf Wiedereinräumung hat aber der Gläubiger nach §§ 861 u. 864 BGB. ein Jahr lang gegen denjenigen, welcher ihm gegenüber „fehlerhaft" besitzt. Dieser Anspruch geht nach § 863 BGB. auch gegen den Schuldner, der sich durch verbotene Eigenmacht in den Besitz des betreffenden Gegenstandes gesetzt hat.[3])

§ 6.

Die Besitzerlangung insbesondere.

I. „Mit Willen des Schuldners".

Der Besitz des Retentionsobjekts muß „mit Willen des Schuldners" erlangt sein.

Wissen des Schuldners von dem Akte oder Zeitpunkte der

---

[1]) HGB. §§ 424, 447, 450, 645, 647; vgl. auch § 363.

[2]) vgl. Staub Bd. 2 S. 1409; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 88 über die Verwertung des Papiers zwecks Befriedigung.

[3]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 569; Makower Bd. 2 S. 1120; Staub Bd. 2 S. 1399.

Besitzergreifung ist nicht erforderlich.[1]) Es genügt, daß der Schuldner überhaupt damit einverstanden gewesen ist, daß der Gläubiger Besitzer des betreffenden Gegenstandes werde. Die Besitzerlangung darf daher weder wider noch ohne den Willen des Schuldners erfolgt sein. Es ist darnach das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen an Gegenständen des Schuldners, die der Gläubiger durch Eigenmacht erlangt hat, gleichviel ob diese Eigenmacht eine verbotene oder erlaubte war, oder von einem Dritten ohne Zustimmung des Schuldners.

Die Voraussetzung „mit Willen des Schuldners" liegt sonach vor, wenn der Schuldner den Besitz entweder selbst oder durch einen Stellvertreter dem Gläubiger übertragen hat, oder mit einem sonstigen Besitzerwerb des Gläubigers, wie durch dessen einseitigen Besitzergreifungsakt, oder Übertragung durch einen Dritten einverstanden gewesen ist. Nach § 184 BGB. wird das Vorhandensein des Willens bei der Besitzerlangung durch nachträgliche Zustimmung („Genehmigung") ersetzt.[2])

Der Wille des Schuldners kann sowohl ausdrücklich wie stillschweigend erklärt werden. So ist der Voraussetzung auch Genüge getan, wenn sich der Wille aus den Umständen ergibt. Dagegen genügt aber der mutmaßliche Wille nicht, da es hier, abgesehen von der Mentalreservation (BGB. § 116), auf den wirklichen Willen des Schuldners ankommt. Eine nach Bürgerlichem Gesetzbuch nichtige Willenserklärung des Schuldners hat natürlich die Unzulässigkeit des Retentionsrechts zur Folge. Liegt dagegen eine bloße anfechtbare Willenserklärung vor — man denke an Irrtum, Täuschung und Drohung —, so ist das Retentionsrecht nur dann unzulässig, wenn die Anfechtung innerhalb der vorgeschriebenen Frist wirksam erfolgt ist; denn erst nach erfolgreicher Anfechtung wird die Willenserklärung als von Anfang an nichtig angesehen.

Das Erfordernis „mit Willen des Schuldners" ist übrigens auch dann gegeben, wenn der Schuldner einem Dritten allgemein

---

[1]) Die Fassung „mit Wissen und Willen" im Entw. 1. Lesung des a. HGB. wurde schon in der 2. Lesung fallen gelassen (Prot. S. 1349).

[2]) vgl. Lehmann-Ring Bd. 2 S. 88; Makower Bd. 2 S. 1116.

gestattet hat, über einen Gegenstand zu verfügen, so ihn auch beliebig weiterzugeben, und der Dritte den Gegenstand dem Gläubiger übergeben hat.[1])

Im Bestreitungsfalle hat der Gläubiger den von ihm behaupteten Willen des Schuldners zu beweisen; es genügt jedoch, wenn er solche Tatsachen zu beweisen vermag, aus denen gemäß § 133 BGB., § 346 HGB. und § 286 ZPO. ein auf die Besitzübertragung gerichteter Wille zu folgern ist. Die Schlußfolgerung zu entkräften, steht dem Schuldner natürlich frei.[2])

Das Gesetz sagt nur, daß die Gegenstände mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt sein müssen. Daraus folgert Makower,[3]) daß auch das Fortdauern des erlangten Besitzes mit Willen des Schuldners nicht erforderlich ist. Diese Auffassung ist aber nicht immer vereinbar mit der Tendenz des Gesetzes. Durch die Einführung der Worte „mit Willen des Schuldners" verfolgt das Gesetz offenbar die Tendenz, etwaige Willkür und Schikane des Gläubigers bei Verschaffung von Objekten für ein künftig mögliches Retentionsrecht auszuschließen. Unvereinbar mit dieser Tendenz ist aber ein Zurückbehalten von mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangten Gegenständen beim Fehlen eines präsenten Zurückbehaltungsrechts und beim berechtigten Zurückverlangen der Gegenstände durch den Schuldner. Denn auch hier verschafft sich der Gläubiger gegen Recht und Billigkeit durch Willkür Objekte für ein eventuell in der Zukunft mögliches Retentionsrecht. Es kommt hier wohl darauf an, ob der Schuldner seinen geänderten Willen erklärt hat, diese Erklärung dem Gläubiger vor Entstehung des Zurückbehaltungsrechts zugegangen ist, und ob die einseitige Willensänderung nach den Vorschriften, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebend sind, auf Grund dessen der Besitz durch den Gläubiger erworben ist, dem Gläubiger das Recht zu einem weiteren Besitz entzieht. Ist darnach der Bestand des betreffenden Rechtsverhältnisses

---

[1]) RG. Bd. 9 S. 48; vgl. die Ausführung von Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 563.

[2]) Schlegelberger S. 205.

[3]) Bd. 2 S. 1116.

von einer Willensänderung des Schuldners unabhängig — es liegt z. B. Miete oder Leihe auf festbestimmte Zeit vor —, so kommt es nur darauf an, daß der Wille des Schuldners bei der Besitzerlangung vorhanden gewesen ist, denn in diesem Falle kann von einer der Tendenz des Gesetzes widersprechenden Verschaffung von Retentionsobjekten nicht die Rede sein. Kann dagegen der Schuldner das betreffende Rechtsverhältnis durch einseitige Willenserklärung aufheben — man denke an Leihe auf unbestimmte Zeit oder Verwahrung — und erfolgt diese Erklärung dem Gläubiger gegenüber noch vor der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts, so liegt in dem Zurückbehalten trotz Rückforderung eine Willkür, die mit Recht und Billigkeit unvereinbar ist. Der gegen den erklärten Willen des Schuldners weiterausgeübte Besitz kann in diesem Falle der Voraussetzung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht nicht genügen.[1]) Es ist daher der Wortlaut des Gesetzes extensiv zu interpretieren.

2. „Auf Grund von Handelsgeschäften".

Ein weiteres Erfordernis ist, daß der Besitz „auf Grund von Handelsgeschäften" erlangt sein muß.

„Auf Grund" steht hier im weiteren Sinne von „aus Veranlassung" und bedeutet so viel, als daß die Erlangung des Besitzes auf dem eigentlichen Handelsverkehr beruhen muß.[2]) Durch Aufstellung dieses Erfordernisses sollte dem Anwendungsgebiet des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts noch eine weitere Schranke gezogen werden.

Wann der konkrete Rechtsakt als Handelsgeschäft zu bezeichnen ist, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 343 und 344 HGB. Infolge der weitgehenden Präsumtion des § 344 und der Kaufmannseigenschaft der Parteien wird das Erfordernis „auf Grund von Handelsgeschäften" praktisch sehr wenig einschränkend wirken.

---

[1]) Im Resultat übereinst. v. Hahn Bd. 2 S. 177; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 88; Schlegelberger S. 206; Korn S. 43.

[2]) ROHG. Bd. 19 S. 372; RG. Bd. 25 S. 58.

Aus der Fassung des Gesetzes ist ersichtlich und heute auch unbestritten, daß auch ein einseitiges Handelsgeschäft als Grund der Besitzerlangung genügt. Dies ergibt sich aus dem Vergleich des Wortlauts unserer Bestimmung mit dem der Bestimmung über die Forderung. Bezüglich der Forderung wird nämlich ausdrücklich hervorgehoben, daß sie aus „beiderseitigen Handelsgeschäften" herrühren muß. Wegen dieses Beisatzes hätte nun auch bei unserer Bestimmung das Wort beiderseitig hinzugefügt werden müssen, um die Annahme eines Gegensatzes auszuschließen, falls das Gesetz auch hier Beiderseitigkeit verlangt hätte. Aus der absichtlichen Auslassung des Wortes ist nun zu folgern, daß das Erfordernis der Beiderseitigkeit bei der Besitzerlangung nicht aufgestellt werden sollte.[1])

Wenn das Geschäft zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner abgeschlossen ist, so ist es gleichgültig, für welche der Parteien dieses Geschäft ein Handelsgeschäft war.[2]) Denn der Sinn der Bestimmung „auf Grund von Handelsgeschäften" ist, daß die Objekte als Handelsgut zwischen den Retentionsparteien fungiert haben müssen, daß es aber auch genüge, wenn sie nur für eine der Parteien die Handelsgutqualität haben.[3]) Daß nun diese Partei gerade der Gläubiger sein muß,[4]) ist weder aus dem Sinne noch Wortlaute des Gesetzes zu entnehmen. Anders dagegen liegt der Fall, wenn das betreffende Geschäft zwischen dem Gläubiger und einem Dritten abgeschlossen, also der Besitz von dem Dritten mit Willen, aber nicht im Auftrage des Schuldners erlangt war. In diesem Fall wird man wohl annehmen müssen, daß es nicht genügt, wenn nur für den Dritten ein Handelsgeschäft vorlag, sondern daß das betreffende Geschäft für den Gläubiger ein Handelsgeschäft sein muß.[5]) Dies

[1]) Der Gebrauch des Plurals „Handelsgeschäfte", der irreführen kann, bezieht sich nur auf den Plural „Sachen und Wertpapiere".

[2]) Staub Bd. 2 S. 1396; Schlegelberger S. 206; Sievers S. 157; RG. Bd. 19 S. 129ff.

[3]) vgl. Sievers S. 177.

[4]) Wie von Anschütz-Völderndorff Bd. 2 S. 198; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 88 und Korn S. 46 behauptet.

[5]) So auch Staub Bd. 2 S. 1396; Sievers S. 177; and. M. Makower Bd. 2 S. 1116.

ergibt sich aus der betreffenden Bestimmung des § 369, die m. E. nur die Retentionsparteien im Auge hat. Hiernach ist das Retentionsrecht durchaus ausgeschlossen, wenn das den Besitzerwerb vermittelnde Geschäft weder auf seiten des Gläubigers noch auf seiten des Schuldners ein Handelsgeschäft war, auch wenn es sich für den Dritten als ein solches darstellte.

Daß das Geschäft, durch welches der Gläubiger den Besitz erlangte, nicht einheitlich zu sein braucht mit demjenigen, durch welches der Schuldner den Besitz aufgab, ist schon früher besprochen. Die eventuell zwischen diesen beiden Geschäften liegenden Mittelglieder brauchen dann ebensowenig Handelsgeschäfte zu sein wie dasjenige, durch welches sich der Schuldner seines Besitzes entäußerte.

Regelmäßig wird sich das Handelsgeschäft als ein Vertrag darstellen. Da es jedoch nach dem Sinne des Gesetzes nicht erforderlich ist, daß das beabsichtigte Geschäft, in Veranlassung dessen der betreffende Gegenstand in den Besitz des Gläubigers gelangte, auch zum Abschlusse gekommen ist, so können hier auch einseitige Rechtshandlungen in Betracht kommen, wie z. B. Zusendung von Waren in Erwartung eines Kaufabschlusses.[1]) Es genügt auch dem hier besprochenen Erfordernis, wenn sich die Übersendung der Ware als ein Versuch oder Anerbieten nachträglicher Erfüllung eines nicht rechtzeitig erfüllten Vertrages darstellt.[2])

Da das Gesetz das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auf den eigentlichen Handelsverkehr der Parteien beschränken will, so wird man[3]) das Recht ausschließen müssen, wenn der ursprüngliche, durch ein Handelsgeschäft erlangte Besitz vor Entstehung des Retentionsrechts auf Grund eines Geschäfts verlängert wird, das nicht unter den Begriff „Handelsgeschäft" fällt.[4]) Umgekehrt kann aber auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht entstehen, wenn der Besitz zwar nicht durch ein Handels-

[1]) ROHG. Bd. 7 S. 213, Bd. 10 S. 236; RG. Bd. 10 S. 236.

[2]) RG. Bd. 26 S. 59.

[3]) Analog der Ausführung über den schuldnerischen Willen.

[4]) Übereinstimmend Seufferts Arch. Bd. 24 Nr. 259; Schlegelberger S. 208; Korn S. 45f.

geschäft erlangt, wohl aber auf Grund eines solchen verlängert worden ist. Für diese beiden Fälle gibt Schlegelberger[1]) ein treffendes Beispiel: „A übergibt seinem Geschäftsfreunde, dem Spediteur B, seine Bibliothek zur Beförderung an den Antiquar C. Vor Erwerb des Zurückbehaltungsrechts widerruft er den Auftrag, überläßt die Bibliothek aber seinem Freunde zur Benutzung für einige Zeit. Treten jetzt die anderen Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ein, so kann B nicht zurückbehalten, weil sein Besitz sich nicht auf ein Handelsgeschäft gründet. Umgekehrt kann sich der Rechtstitel auch zum Vorteil des Gläubigers ändern. Hat A im genannten Falle seine Bibliothek dem B geliehen und erteilt er ihm dann den Auftrag, die Bücher an ein Antiquariat zu befördern, so ist nunmehr diese Voraussetzung für den Erwerb eines kaufmännischen Retentionsrechts erfüllt und B kann, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, die Bibliothek wegen einer fälligen Forderung gegen A zurückbehalten, natürlich, falls nicht das Eigentum schon auf den Antiquar übergegangen ist".

§ 7.

III. Die zur Zurückbehaltung berechtigende Forderung.

Nach § 369 HGB. berechtigen zur Zurückbehaltung nur fällige Forderungen, die dem Gläubiger gegen den Schuldner aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen.

„Forderung" bezeichnet hier allgemein die Befugnis des Gläubigers, von dem Schuldner eine Leistung zu verlangen. In Betracht kommen grundsätzlich nur klagbare Forderungen. So ist das Retentionsrecht ausgeschlossen wegen Forderungen aus einem Differenzgeschäft des § 764 BGB., denn solche Forderungen rühren aus einem Schuldverhältnisse her, das eine Verbindlichkeit nicht begründet.[2]) Dagegen steht die Verjährung der For-

[1]) S. 208.

[2]) Anders dagegen die nicht verbotenen Börsentermingeschäfte.

derung der Geltendmachung des Retentionsrechts nicht entgegen. Denn der § 223 BGB., nach dem die Verjährung eines Anspruchs, für den ein Pfandrecht besteht, den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen, gleich als ob der Anspruch nicht verjährt wäre, darf wohl auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht eine analoge Anwendung finden.[1])

Allgemein wird anerkannt, daß die Forderung keine Geldforderung zu sein braucht. Von der jetzt herrschenden Lehre wird aber unter Berufung auf § 371 HGB. (Befriedigung aus dem Gegenstand) und § 1228 BGB. verlangt, daß die Forderung in eine Geldforderung zu übergehen geeignet sein muß.[2]) Dagegen ist zu bemerken, daß sich dieses von der herrschenden Lehre aufgestellte Erfordernis aus dem Wortlaute des § 369 nicht ergibt und ein Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen, die nicht in Geldforderungen übergehen können, durchaus einen Sinn hat. Denn wenn auch in solchen Fällen eine Befriedigung durch Verkauf des Objektes mit Recht für durchaus unzulässig erklärt wird, so kann doch durch bloße Zurückbehaltung eine Pression ausgeübt werden, die zur Herbeiführung der Befriedigung durch Erfüllung der Verpflichtung seitens des Schuldners sehr geeignet ist.[3]) Man wird daher wohl sagen dürfen, daß auch wegen solcher Forderungen das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zulässig ist, jedoch mit der Beschränkung seiner Wirkung auf die bloße Herausgabeverweigerung.[4]) Praktisch wird zwar diese Frage selten genug werden, da Forderungen aus Handelsgeschäften regelmäßig einen Vermögenswert haben und daher auch geeignet sind, in Geldforderungen überzugehen.

Die Forderung muß aus einem Rechtsgeschäft hervorgegangen sein, das nicht nur unter Kaufleuten geschlossen war, sondern sich auch für beide Parteien als Handelsgeschäft darstellt.[5]) Ob

---

[1]) Makower Bd. 2 S. 1109 und Lehmann-Ring Bd. 2 S. 86.

[2]) Staub Bd. 2 S. 1391; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 560; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 87; Schlegelberger S. 211.

[3]) vgl. § 3 S. 9ff. der Ausführung.

[4]) Ebenso v. Hahn Bd. 2 S. 173; Makower Bd. 2 S. 1108; Caesar S. 23.

[5]) Beiderseitiges Handelsgeschäft.

im konkreten Fall das Erfordernis „beiderseitiges Handelsgeschäft“ vorliegt, ist nach den Bestimmungen der §§ 343 u. 344 HGB. zu entscheiden. Allgemein gesagt, werden hier nur solche Forderungen berücksichtigt, die gewissermaßen mit dem Kredit zusammenhängen, welcher von den Kontrahenten im Geschäftsverkehr gewährt wird.[1]) Forderungen aus Delikten kommen hier in Betracht, wenn sich das Delikt zugleich auch als Verletzung eines handelsgeschäftlichen Vertrags darstellt,[2]) denn in diesem Falle ist die Forderung aus der deliktischen Vertragsverletzung eine Geschäftsforderung.[3]) Wenn aus der Geltendmachung einer aus beiderseitigen Handelsgeschäften stammenden Forderung ein Anspruch auf Erstattung von Prozeßkosten entstanden ist, so wird man diesen Anspruch auch als Geschäftsforderung behandeln müssen.[4])

Das Handelsgeschäft, aus dem die zur Retention berechtigende Forderung entspringt, muß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner abgeschlossen sein, d. h. die Kontrahenten müssen der Zurückbehaltende und der Zurückbehaltungsgegner sein.[5])

Durch diese Bestimmung werden in erster Linie zedierte Forderungen vom kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen. Dieses Erfordernis einer direkten Beziehung der Partei in Ansehung der Forderung schützt in durchaus billiger Weise das Interesse des Schuldners und seiner Konkursgläubiger, denn es beseitigt die Möglichkeit, daß derjenige, welcher Gegenstände des Schuldners in Händen hat und zu seinem oder befreundeter Gläubiger Vorteil Forderungen gegen denselben Schuldner durch Zession erwirbt, wegen derselben das Retentionsrecht ausübe und dadurch besonders zum Schaden aller ungedeckten Gläubiger eine bevorzugte Befriedigung erlangen könne. Außerdem wird dem Schuldner durch diese Bestimmung

---

[1]) vgl. Laband S. 489.

[2]) z. B. der Verwahrer vernichtet oder unterschlägt die aufzubewahrenden Sachen.

[3]) Lehmann-Ring Bd. 2 S. 86; ROHG. Bd. 6 S. 195.

[4]) Staub Bd. 2 S. 1390.

[5]) Persönlicher Abschluß ist nicht erforderlich, es genügt auch der Abschluß durch Stellvertreter.

die Disposition über seine in fremden Händen befindlichen Gegenstände gesichert, da nun dem betreffenden Inhaber die Möglichkeit genommen ist, die Gegenstände wegen einer durch Zession erworbenen Forderung als Retentionsobjekte in Anspruch zu nehmen.

Über die Zweckmäßigkeit des Ausschlusses zedierter Forderungen vom kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht wurde auf der Nürnberger Konferenz lebhaft gestritten. In der 1. Lesung[1]) wurde durch die entscheidende Stimme des Präsidenten beschlossen, daß sich das Retentionsrecht auch auf zedierte Forderungen erstrecken sollte. Obwohl nun an diesem Beschluß auch in der 2. Lesung[2]) festgehalten wurde, nahm die Redaktionskommission die Worte „zwischen ihnen geschlossen" in die Fassung des Artikels auf. Auf den Einwand, daß diese Fassung den Beschluß sachlich ändere, wurde entgegnet, daß zedierte Forderungen durch die Fassung keineswegs von der Retention gänzlich ausgeschlossen seien, es käme hier z. B. noch der Fall in Betracht, wenn die Veranlassung zum Erwerb der Forderung ein zwischen dem Zessionar und Zessus (debitor cessus) abgeschlossenes Handelsgeschäft wäre. Die Fassung gelangte dann auch zur Annahme.

Durch die klare Fassung des Gesetzes ist eine Retention wegen zedierter Forderungen jedoch schlechthin ausgeschlossen, denn die Forderung des Zessionars kann nicht aus einem zwischen ihm und dem Schuldner (debitor cessus) geschlossenen Handelsgeschäfte herrühren. Selbst wenn die Zession durch ein zwischen dem Zessionar und Zessus geschlossenes Handelsgeschäft „veranlaßt" worden ist,[3]) so ist doch auch hier die übertragene Forderung aus einem Geschäft zwischen dem Zessionar und dem Zedenten erworben.[4]) Hier wie dort ist die Forderung durch ein

---

[1]) Prot. S. 455 ff. u. 464 ff.

[2]) Prot. S. 1352.

[3]) Zessionar und Zessus waren z. B. aus irgendeinem Grunde übereingekommen, daß sich der Zessionar eine Schuld des Zessus zedieren lassen sollte.

[4]) Da aber in der Übereinkunft wohl die Erklärung gefunden werden kann, daß der debitor cessus willens sei, dem Zessionar alle Rechte zuzuerkennen, die der Zessionar hinsichtlich einer direkt zwischen ihnen ent-

zwischen dem Zedenten und Zessus abgeschlossenes Geschäft entstanden und wird nun durch ein Geschäft zwischen dem Zessionar und Zedenten auf den Zessionar übertragen, entsteht aber nicht von neuem.[1])

Analog zu behandeln ist der Fall, wo der Schuldner erst durch eine Schuldübernahme zum Schuldner geworden ist, da bei der Schuldübernahme nach § 414 BGB. ebenso eine Sondernachfolge in passiver Richtung stattfindet wie bei der Zession nach der aktiven Seite. Auch hier ist das Geschäft, aus dem die Forderung entsprungen, zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner abgeschlossen worden.[2]) Wie Schlegelberger mit Recht bemerkt, kann diese Auslegung für den Gläubiger nachteilig werden, der sich gerade oft denjenigen als Schuldübernehmer aussucht, gegen welchen er Deckung hat. Es steht ja aber den Parteien frei, ein vertragsmäßiges Retentionsrecht zu begründen. Daher ist es auch nicht notwendig, aus praktischen Gründen von einer logischen Durchführung des Gesetzes abzuweichen.[3])

Anders liegt der Fall, wenn eine Anweisung gemäß § 784 BGB. vom Schuldner des Anweisenden angenommen wird; in diesem Falle entsteht die Forderung des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen aus der einen selbständigen Verpflichtungsgrund bildenden Annahme, also aus einem Rechtsgeschäft, das „zwischen ihnen" geschlossen ist.

Der Verkehr mit Inhaber- und Orderpapieren wird durch die hier besprochene Bestimmung des § 369 für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht keineswegs eingeschränkt. Denn der Indossatar eines Wechsels oder eines anderen Orderpapiers sowie der Inhaber eines Inhaberpapiers werden so behandelt, als ob sie direkt mit dem Schuldner kontrahiert hätten. Sie sind

---

standenen Forderung hätte, so wäre hier m. E. ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht zu konstruieren.

[1]) Übereinst. Staub Bd. 2 S. 1390; Makower Bd. 2 S. 1109; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 86; v. Hahn Bd. 2 S. 175; Schlegelberger S. 212.

[2]) Ebenso Schlegelberger S. 213; and. M. Lehmann-Ring Bd. 2 S. 86.

[3]) vgl. Schlegelberger S. 213f.

bezüglich der im Papier versprochenen Leistung selbständig und nicht bloß als Rechtsnachfolger[1]) ihrer Vormänner, in letzter Linie des ersten Nehmers, berechtigt. Sie erwerben ihr selbständiges Recht aus der Erklärung des Schuldners, wie sie sich auf dem Papier ergibt (Skripturobligation). Diese Erklärung geht aber von Anfang an dahin, daß der Schuldner sich unmittelbar gegenüber jedem späteren Gläubiger verpflichten, also zu ihm in ein direktes Schuldverhältnis treten wolle. Somit kommt die Forderung bei jedem Gläubigerwechsel neu zur Entstehung, und zwar aus einem zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner abgeschlossenen Geschäft.[2]) Ausgenommen von dieser Regel ist jedoch der indossierte protestierte Wechsel (WO. Art. 16 Abs. 2), da hier das Indossament nur die Wirkungen einer Zession hat.[3])

Die von maßgebenden Schriftstellern[4]) vertretene Ansicht, daß eine Forderung, die aus einem beiderseitigen Handelsgeschäfte entstanden und dann auf den Erben einer der Parteien übergegangen ist, der hier besprochenen Voraussetzung nicht genügt, ist m. E. unhaltbar. Die durch Universalsukzession erworbenen Forderungen sind auch in Ansehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts anders zu beurteilen als zedierte Forderungen, da hier ganz verschiedene Tatbestände in Frage stehen. Da kraft der Universalsukzession der Erbe an die Stelle des Erblassers tritt, d. h. die gesamte[5]) vermögensrechtliche Rechtslage des Erblassers auf ihn übergeht, so tritt er auch in das konkrete Schuldverhältnis mit allen Rechten und Pflichten des Erblassers ein, und nicht wird auf ihn, wie bei der Zession, nur das aus dem Schuldverhältnisse hervorgehende

---

[1]) Rechtsnachfolge liegt überhaupt nur in dem Sinne vor, daß der Indossatar, der Nachmann, das Recht seiner Idee nach von einem anderen, dem Indossanten, Vormanne erwirbt; vgl. RG. Bd. 50 S. 419. Rechtsnachfolge nach Art. 10 WO. ist nur im Sinne eines historisch nacheinanderfolgenden Erwerbes zu verstehen.

[2]) RG. Bd. 9 S. 45 und die herrschende Meinung; z. B. Staub Bd. 2 S. 1391; Makower Bd. 2 S. 1109; Schlegelberger S. 213f.

[3]) RG. Bd. 9 S. 49; vgl. Schlegelberger S. 215.

[4]) Lehmann-Ring Bd. 2 S. 86; Schlegelberger S. 215.

[5]) Mit Ausschluß weniger höchstpersönlicher, noch nicht rechtshängiger Rechte.

Forderungsrecht übertragen. Vermöge des Gedankens der Personenidentität zwischen Erbe und Erblasser[1]) treten sämtliche Wirkungen des ursprünglichen Aktes ipso jure in der Person des Erben ein, und so gilt auch das betreffende Geschäft als unmittelbar zwischen ihm und dem Schuldner abgeschlossen.[2])

In Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht und im Gegensatz zum Notzurückbehaltungsrecht verlangt der § 369 HGB. Fälligkeit der Forderung.

Das Erfordernis der Fälligkeit, welches aus der der Kompensation analogen Natur des Retentionsrecht folgt, entspricht dem Grund und Zweck des Kredits. Wenn nämlich der Gläubiger, ohne sich durch Vertrag eine Sicherheit auszubedingen, dem Schuldner auf bestimmte Zeit Kredit gewährt, so liegt darin ein Verzicht des Gläubigers, vor Ablauf der Zeit unter normalen Verhältnissen die in seinem Besitz befindlichen Gegenstände des Schuldners als Deckung in Anspruch zu nehmen. Durch eine solche Kreditgewährung wird dem Schuldner seitens des Gläubigers freie Disposition über die betreffenden Gegenstände garantiert. Wollte man nun dem Gläubiger trotz des stillschweigenden Verzichtes und trotz der wesentlich unveränderten Vermögenslage des Schuldners das Retentionsrecht doch gewähren, so würde das mit dem Kreditgeben und Kreditnehmen im hellen Widerspruche stehen und den Handel untergraben. Durch das Erfordernis der Fälligkeit wird dagegen das berechtigte Vertrauen des Schuldners geschützt und dem Gläubiger nichts Unbilliges angetan, da eben sein Verzicht nur für die normale Vermögenslage des Schuldners bindend ist und nicht auch bei einem später eintretenden schuldnerischen Vermögensverfall.[3])

Der Begriff der Fälligkeit ist vom Gesetz nicht definiert, er ergibt sich aber aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere aus den §§ 271, 272 u. 198. Fälligkeit ist der Augenblick, von dem an der Gläubiger die Leistung nach § 271 BGB.

---

[1]) Grundsatz: „heres personam defuncti sustinet".

[2]) Ebenso Makower Bd. 2 S. 1109; Caesar S. 24; Wertheimber S. 38.

[3]) HGB. § 370.

zu verlangen befugt ist. Nach § 271 kann aber die Leistung sofort verlangt werden, wenn nicht eine andere Leistungszeit durch Gesetz[1]) oder durch Parteivereinbarung bestimmt oder aus den Umständen [2]) zu entnehmen ist. Es berechtigten darnach bedingte und betagte Forderungen nicht zur Retention nach § 369.

Stundung einer Leistung hindert den Eintritt der Fälligkeit, also den Zeitpunkt, da auf Grund des Inhalts des betreffenden Rechtsgeschäfts die Leistung an sich verlangt werden konnte, grundsätzlich nicht; sie bewirkt nur Aufschub in der Ausübung des bereits fälligen Anspruchs, gibt dem Schuldner das Recht, die Leistung bis über die Fälligkeit hinaus zu verweigern.[3]) Hiernach ergibt es sich, daß ein Anspruch trotz verzögerlicher Einreden fällig bleibt, also der Mangel solcher Einreden keine Voraussetzung der Fälligkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist.[4])

Die Anwendung dieses Fälligkeitsbegriffs auf den § 369 HGB. würde m. E. zu unbilligen Resultaten führen, die mit dem Wesen des kaufmännischen Kredits unvereinbar sind. Denn in der Stundung liegt auch ein stillschweigender Verzicht des Gläubigers, vor Ablauf der nun verlängerten Frist die in seinem Besitz befindlichen Gegenstände des Schuldners als Retentionsobjekte in Anspruch zu nehmen. Man wird daher wohl den Begriff der Fälligkeit für das Retentionsrecht enger fassen und von der zur Retention berechtigenden Forderung verlangen müssen, daß ihre Berichtigung nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte gefordert werden kann und ihr auch keine verzögerlichen Einreden entgegenstehen.[5]) Hiernach wäre dann auch

---

[1]) z. B. BGB. §§ 551, 584, 604, 608 ff., 641, 695 ff.; HGB. § 88.

[2]) Vom Richter gemäß §§ 133, 242 BGB. und § 359 HGB. zu entscheiden.

[3]) Der Prüfstein für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ist das Versäumnisverfahren.

[4]) Übereinst. Staudinger, BGB. Bd. 2 S. 95; Endemann, BGB. Bd. 1 S. 773; Schlegelberger S. 151.

[5]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 559; nach Planck, BGB. Bd. 2 S. 545; vgl. Langheineken S. 330 f.; and. M. Schlegelberger S. 151.

die Retention wegen gestundeter Forderung ausgeschlossen, was wohl dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts entspricht.

Im Gegensatz zum bürgerlichen Zurückbehaltungsrechte verlangt das kaufmännische nicht Konnexität der Forderungen.

Wenn auch aus dem Erfordernisse, daß der zur Retention berechtigenden Forderung ein beiderseitiges Handelsgeschäft zugrunde liegen muß, eine Art Konnexität[1]) folgt, so ist dies doch keine Konnexität im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, im gewöhnlichen Sinne, welche verlangt, daß die Forderungen aus demselben Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse entsprungen, oder daß die eine mit der anderen in einem rechtlichen Bedingungsverhältnisse steht.

Eine Ausnahme vom Grundsatz, daß die Forderungen nicht konnex zu sein brauchen, macht das Depotgesetz v. 5. 7. 1896 im § 8 Abs. 2. Hiernach darf der Hauptbankier, dem vom Zwischenbankier mitgeteilt worden ist,[2]) daß die Papiere fremde seien oder die Einkaufskommission für fremde Rechnung erfolge, an den Papieren nur wegen solcher Forderungen Retention ausüben, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind.[3])

Weitere Erfordernisse, wie z. B. Liquidität der Forderung oder Verzug des Schuldners, sind nicht vorgeschrieben.[4])

---

[1]) Laband S. 487: „Eine solche wird nämlich begründet durch den Geschäftsverkehr zweier Kaufleute selbst; alle zwischen ihnen geschlossenen Geschäfte sind miteinander konnex, das eine ist oft die Veranlassung oder Folge des anderen, die Deckung, die der eine in Händen oder zu erwarten hat, ist für ihn oft die Veranlassung, dem anderen Kredit zu geben und neue Geschäfte mit ihm abzuschließen".

[2]) Zu dieser Mitteilung ist der Zwischenbankier nach § 8 Abs. 1 verpflichtet. Der bei der Auftragerteilung vorhandene Zusatz „in Kommission" ist als eine genügend erkennbare Mitteilung zu erachten. Staub Bd. 2 S. 1392; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 560.

[3]) Diese Beschränkung fällt natürlich, wenn die Mitteilung der objektiven Rechtslage nicht entspricht und der Hauptbankier den erforderlichen Nachweis führt; Schlegelberger S. 215.

[4]) ROHG. Bd. 10 S. 236.

§ 8.

IV. Die negativen Voraussetzungen.

Da die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs in bezug auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dispositiver Natur sind, so steht es natürlich den Kontrahenten frei, das Zurückbehaltungsrecht durch Vertrag für alle zwischen ihnen begründeten oder noch zu begründenden Rechtsverhältnisse oder für ein bestimmtes Geschäft auszuschließen.[1]) Der vertragsmäßige Ausschluß bleibt aber dann auch in den Fällen des § 370 in Geltung,[2]) es sei denn, daß er vertragsmäßig nur auf die normale Vermögenslage beschränkt ist.

Jedoch auch beim Fehlen einer solchen Vereinbarung und trotz Vorliegens aller in den §§ 2—7 besprochenen Voraussetzungen ist das Retentionsrecht nach § 369 Abs. 3 bei normaler Vermögenslage des Schuldners ausgeschlossen, „wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet".

Diese Bestimmung dient dem Schuldner zum Schutz seiner wohlberechtigten Erwartungen und Dispositionen in bezug auf seine in den Händen des Gläubigers befindlichen Gegenstände. Durch sie ist die Anwendbarkeit des ordentlichen Zurückbehaltungsrechts zwar bedeutend eingeschränkt worden, aber dem in der legislatorischen Idee des Zurückbehaltungsrechts liegenden Billigkeitsgedanken weiter Rechnung getragen, da nun Zurückbehaltungen wider Treu und Glauben ausgeschlossen sind.[3])

Das Gesetz spricht von „Anweisungen" des Schuldners und übernommenen „Verpflichtungen" des Gläubigers.

Anweisung ist hier eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Schuldners. Diese Anweisungen müssen, falls sie

---

[1]) Im a. HGB. (Art. 316) wurde die Zulässigkeit des vertragsmäßigen Ausschlusses ausdrücklich erwähnt; im n. HGB. ist diese Bestimmung als selbstverständlich und überflüssig gestrichen worden.

[2]) RG. Bd. 12 S. 91.

[3]) vgl. ROHG. Bd. 19 S. 369.

von verbindlicher Kraft sein sollen, vor oder bei der Übergabe der betreffenden Gegenstände erteilt sein. Eine Anweisung nach der Besitzübertragung ist m. E. auch dann kraftlos, wenn sie auch vor dem Zusammentreffen sämtlicher positiven Voraussetzungen des Retentionsrechts erfolgt ist.[1]) Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. Jedoch wird man wohl annehmen müssen, daß, falls der Gläubiger dieser verspäteten Anweisung nicht widerspricht, hier im Schweigen eine dem Inhalte der Anweisung entsprechende übernommene Verpflichtung des Gläubigers liegt, die ja zu jeder Zeit bindend erfolgen kann. Denn nach der Geschäftssitte und dem den Verkehr beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben wäre hier für die Ablehnung Reden Gebot gewesen. Erfolgt aber der ausdrückliche Widerspruch, so ist die verspätete Anweisung für den Gläubiger nicht bindend. Der Schuldner wird nun aber zwecks Vorbeugung einer möglichen künftigen Inanspruchnahme der Gegenstände als Retentionsobjekte die Möglichkeit haben, die betreffenden Gegenstände vom Gläubiger zurückzuverlangen. Gibt nun der Gläubiger die Sachen nicht heraus und ist er zu dieser Herausgabeverweigerung aus dem der Besitzerlangung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse nicht befugt, so ist das Zurückbehaltungsrecht schon aus den im § 6 [2]) erwähnten Gründen ausgeschlossen, da der Gläubiger nunmehr den Gegenstand nicht mehr „mit Willen“ des Schuldners besitzt.

Die im § 369 erwähnte, vom Gläubiger übernommene Verpflichtung stellt sich regelmäßig als eine Übereinkunft der Parteien dar, ist also ein Vertrag. Eine solche Verpflichtung kann auch nach der Besitzerlangung und sogar nach Entstehung des Retentionsrechts wirksam erfolgen, denn die Worte „vor oder bei der Übergabe“ gehören, wie aus der Wiederholung des Artikels „der“ ersichtlich, nur zur Anweisung. Wie schon erwähnt, liegt in der Annahme eines Gegenstandes, der dem Gläubiger unter einer ausdrücklichen Anweisung vom Schuldner

---

[1]) And. M. v. Hahn Bd. 2 S. 184; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 90; Schlegelberger S. 217.

[2]) vgl. S. 26 ff.

übergeben ist, eine übernommene Verpflichtung des Gläubigers, mit dem Gegenstande nach der Anweisung zu verfahren, auch wenn sich der Gläubiger mit der Anweisung nicht ausdrücklich einverstanden erklärt hat. Stillschweigender Widerspruch ist hier geradezu belanglos wie eine Mentalreservation. Widerspricht dagegen der Gläubiger ausdrücklich, so haben wir da den einzigen Fall der Anweisung ohne Verpflichtung, die, falls in den oben besprochenen Zeitpunkten erfolgt, genügt, um das Retentionsrecht auszuschließen.[1])

Insoweit nun der Inhalt dieser Anweisung bezw. Verpflichtung der Zurückbehaltung widerstreitet, ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an den betreffenden Gegenständen ausgeschlossen. Was den Inhalt dieser Anweisung anbetrifft, so herrscht zwar in der Literatur bezüglich einzelner Fragen Meinungsverschiedenheit, jedoch gehen zurzeit Literatur und Judikatur übereinstimmend davon aus, daß die Vorschrift des Abs. 3 nicht diejenigen Anweisungen und Verpflichtungen trifft, welche sich von selbst aus der Natur des der Besitzerlangung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ergeben. Isoliert und unhaltbar ist Cosacks Meinung,[2]) nach der sich der Abs. 3 auf diese ex lege folgende allgemeine Verpflichtung des Gläubigers bezieht. Die Unhaltbarkeit ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz im Abs. 1 des § 369 vom Vorliegen eines obligatorischen Verhältnisses ausgeht, nach dem der Gläubiger den betreffenden Gegenstaud nach erledigtem Besitzrecht herauszugeben verpflichtet ist, und daß trotz dieser Obligation, in der Anweisungen des Schuldners und Verpflichtungen des Gläubigers stecken, der Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen berechtigt ist, diesen Anweisungen bezw. Verpflichtungen auf Herausgabe nicht nachzukommen. Mit Recht sagt Staub,[3]) daß Zurückbehalten begrifflich nichts anderes bedeuten kann als Zurückbehalten dessen, was man eigentlich zurückgeben müßte, mit anderen Worten, setzt das Zurückbehaltungsrecht eine an sich bestehende Herausgabepflicht des

---

[1]) ROHG. Bd. 19 S. 374; v. Hahn Bd. 2 S. 184.
[2]) Lehrb. S. 130.
[3]) Bd. 2 S. 1399.

Gläubigers voraus. Sollte der Abs. 3 nun wirklich die sich aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses ergebenden Anweisungen und Verpflichtungen treffen, so wäre, wie auch von Cosack angenommen, das ordentliche kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auf solche Fälle beschränkt, „in denen der Schuldner sich im voraus der Zurückbehaltung stillschweigend unterworfen hat, also auf Fälle, in denen der Schuldner gerade im Hinblick auf den ihm schon gewährten oder noch zu gewährenden Kredit absichtlich Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangen läßt". Eine solche Beschränkung der Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts entspricht weder dem Wortlaute noch dem Willen des Gesetzes. Außerdem ist die Auffassung von Cosack mit dem Handelsverkehr unvereinbar und widersteht der Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, welches nicht von der Absicht des Schuldners, den Gläubiger sicherzustellen abhängig gemacht werden darf. Das Gesetz will durch die §§ 369 ff. gerade dem Gläubiger ein Mittel geben, sich selbst Deckung zu verschaffen, soweit dies billig ist, und nicht nur das selbstverständliche Recht des Gläubigers auf Verwertung der ihm vom Schuldner zwecks eventuellen Verwertung gegebenen Deckungsmittel noch ausdrücklich betonen.[1]) Cosacks Auffassung führt im Grunde genommen dazu, daß dem Gläubiger bei normaler Vermögenslage des Schuldners nur eine vertragsmäßige Retention zuerkannt werden darf. Der § 369 wäre dann bedeutungslos, und es hätte sich das Gesetz auf das Notzurückbehaltungsrecht beschränkt. M. E. muß man daher mit Staub annehmen, daß der Abs. 3 das Retentionsrecht nur dann ausschließt, wenn nicht nur die Rückgabepflicht vorliegt, die sich aus der Natur des der Besitzerlangung zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes ergibt, sondern wenn außerdem noch ausdrücklich vorgeschrieben oder vereinbart ist, daß mit dem betreffenden Gegenstand in einer vom Schuldner oder von beiden Parteien bestimmten Weise zu verfahren ist, und sich diese Disposition als mit der Zurückbehaltung unvereinbar darstellt. Sind nun bezüglich solcher Dispositionen des Schuldners, die sich auf die

[1]) vgl. Sievers S. 183.

Zeit nach erledigtem Gläubigerbesitz beziehen, verbindliche Anweisungen oder Verpflichtungen erfolgt, so würde es gegen das den Handel und Verkehr beherrschende Prinzip von Treu und Glauben gehen, falls nun der Gläubiger durch Zurückbehaltung die Dispositionen eigenmächtig durchkreuzen täte. Bei normaler Vermögenslage des Schuldners sind seine wohlberechtigten Erwartungen zu berücksichtigen. Die Rücksicht fällt vor, sobald die den Gläubiger gefährdende Unsicherheit des Schuldners nach § 370 eintritt.[1])

Nach der hier vertretenen Ansicht braucht die ausdrückliche Anweisung z. B. nichts Weiteres zu enthalten als die Herausgabe an den Schuldner.[2]) Dies läßt Makower[3]) nicht gelten, denn nach seiner Meinung ist das Zurückbehaltungsrecht nach Abs. 3 nur dann ausgeschlossen, wenn zur maßgebenden Zeit festgesetzt worden ist, daß der Gläubiger mit dem Gegenstande in bestimmter anderer Weise als durch Rückgabe an den Schuldner verfahren soll und diese so bestimmte Weise im Widerspruch zu einer Zurückbehaltung steht. Dieser Einschränkung, die im Gesetz überhaupt nicht zum Ausdruck kommt, ist nicht beizupflichten, als sie eine recht willkürliche ist und einer inneren Notwendigkeit entbehrt.

Warum sollten auch rechtzeitig getroffene Dispositionen, die zum Inhalt Rückgabe des betreffenden Gegenstandes haben, weniger berücksichtigt werden als anderweitige. Weil sonst der Ausschluß des Retentionsrechts von reinen Zufälligkeiten abhängt, behauptet Makower. Es sei doch rein zufällig, ob z. B. der Gläubiger die Verpflichtung zur Rückgabe an den Schuldner, die ohnedies kraft des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts besteht, auch noch ausdrücklich übernimmt. M. E. wird diese Verpflichtung regelmäßig erst infolge einer ausdrücklichen Anweisung des Schuldners entstanden sein, welche durchaus nicht

---

[1]) Mit Staub Bd. 2 S. 1400 im wesentlichen übereinst. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 572; v. Hahn Bd. 2 S. 182f.; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 90; Schlegelberger S. 216; Sievers S. 185; vgl. RG. Bd. 13 S. 127; ROHG. Bd. 19 S. 369 und Bd. 12 S. 29; Gruchot Bd. 45 S. 1056.

[2]) vgl. v. Hahn Bd. 2 S. 184.

[3]) Bd. 2 S. 1126.

zufällig erteilt worden war, sondern in Hinblick auf weitere Geschäftsdispositionen. Es wird vielleicht Fälle geben, bei denen der Zufall auch hinsichtlich des Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechtes eine Rolle spielen kann, jedoch darf man nicht wegen solcher eventuell möglicher Ausnahmefälle zu einer Einschränkung schreiten, die sonst gar nicht gerechtfertigt ist.

Ob eine nach Abs. 3 das Zurückbehaltungsrecht ausschließende Anweisung bezw. Verpflichtung im einzelnen Fall vorliegt, ist oft sehr zweifelhaft. Einzelne im Verkehr besonders häufig vorkommende Verhältnisse sollen nun hier in bezug auf die Vorschrift des Abs. 3 untersucht werden.

Der Spediteur oder Frachtführer kann keine Retention nach § 369 an Waren ausüben, die ihm zur Beförderung und Übergabe an einen Dritten vom Schuldner überliefert sind, bis er nicht seine vertragsmäßige Verpflichtung, die einer Retention widersteht, erfüllt hat. Ist er aber seiner Verpflichtung nachgekommen oder hat er das Seinige zu deren Erfüllung getan und hat er dann die Waren wieder oder noch in seinem Besitz, so ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nun nicht mehr ausgeschlossen. Man denke hier z. B. an die Ablehnung der Annahme durch den Dritten oder an den Widerruf des Speditionsauftrags.[1])

Dem Kommissionär oder Agenten steht das Zurückbehaltungsrecht an Waren, die ihm zum Verkauf übergeben worden sind, zunächst nicht zu, denn auch hier liegt eine die Retention ausschließende Verpflichtung vor. Eine nachträgliche Möglichkeit der Retention ist aber auch hier, z. B. im Falle des Widerrufs des Auftrags, denkbar.[2])

Dem Gläubiger, dem Waren zur Aufbewahrung übergeben sind, ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht am betreffenden Gut nur dann abzusprechen, wenn er eine besondere Verpflichtung zur jeweiligen Zurückerstattung oder zur Zurückerstattung bezw. Herausgabe an einen Dritten nach Erledigung des Vertragsverhältnisses übernommen hat oder eine diesbezüg-

---

[1]) RG. Bd. 24 S. 154.

[2]) vgl. Schlegelberger S. 221.

liche bindende Anweisung ergangen ist. Die an und für sich aus der Verwahrung entstehende Rückgabepflicht genügt nicht zum Ausschluß der Retention.

An Waren, die zur Ausbesserung oder Bearbeitung dem Gläubiger übergeben worden sind, ist nach der herrschenden Meinung eine Retention nach § 369 zulässig, es sei denn, daß ihr ausdrückliche Anweisungen bezw. Verpflichtungen entgegenstehen.[1])

Eine Retention am Pfandobjekt nach Erlöschen der gesicherten Forderung ist wegen anderweitiger Forderungen mangels besonderer Anweisungen bezw. Verpflichtungen zulässig.[2]) Die Rückgabepflicht nach § 1223 BGB. genügt nicht zum Ausschlusse des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

An Waren, die dem Gläubiger (Käufer) rechtzeitig zur Erfüllung übersandt, aber von ihm wegen Mängel zur Verfügung gestellt sind, ist, wie schon früher in § 4 ausgeführt, eine Retention möglich. Da die Parteien beim Vertragsabschluß an den Fall der Rückgabe regelmäßig gar nicht gedacht haben werden, so sind auch hier die besonderen Anweisungen bezw Verpflichtungen seltene Erscheinungen.[3])

Sachen, die dem Gläubiger als Erfüllungsangebot übersandt worden sind, können, falls der Vertrag nicht zustande gekommen ist, als Retentionsobjekte für den Gläubiger in Betracht kommen, wenn dem nicht besondere Vorschriften für den Fall der Nichtannahme als Erfüllung entgegenstehen, denn „in der Übersendung zum Zwecke und mit dem Angebote, daß die Sendung als Erfüllung angenommen werden möge, liegt keine Vorschrift der Rücksendung und in der Annahme der verspäteten Sendung unter gleichzeitiger Weigerung, sie als Erfüllung gelten zu lassen, nicht die Verpflichtung zur Rückerstattung".[4]) Solches gilt z. B. auch für Wechsel, die als Zahlung angeboten werden.

---

[1]) ROHG. Bd. 13 S. 27; OLG. Dresden v. 5. 2. 1892 in Zeitschr. f. HR. Bd. 43 S. 358.

[2]) ROHG. Bd. 2 S. 81.

[3]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 573; Gruchot Bd. 40 S. 1115; RG. Bd. 43 S. 28f.

[4]) RG. Bd. 26 S. 60; vgl. auch ROHG. Bd. 19 S. 372.

Ob der Abs. 3 das Retentionsrecht an Gegenständen ausschließt, die dem Gläubiger auf Grund eines Kaufs auf Probe zugegangen sind, ist sehr bestritten. Bei konsequenter Durchführung der hier vertretenen Ansicht wird man mit Staub[1]) sagen müssen, daß die aus dem Vertrage entstehende Rückgabepflicht bei Nichtbilligung zum Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts nicht genügt. Vielmehr ist die Zurückbehaltung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner (Verkäufer) dem Gläubiger (Käufer) ausdrücklich anweist, die Ware, falls sie nicht konveniere, zurückzusenden oder einem Dritten zu übergeben.[2]) Die hier in der Natur des Rechtsgeschäfts liegende Pflicht zur Rückgabe unter gewissen Voraussetzungen muß derselben Beurteilung unterliegen wie die an und für sich bestehende Rückgabepflicht bei anderen Rechtsverhältnissen, wie Verwahrung, Leihe, Miete. Es ist aber nicht zu leugnen, daß die hier vertretene Ansicht gerade beim Kauf auf Probe zu unbilligen Resultaten führen kann, da durch sie nicht einwandfreie Machenschaften des Gläubigers, die in unfairer Verschaffung von Deckungsmitteln bestehen können, nicht ausgeschlossen sind, wenn der Schuldner sich ausdrücklicher Dispositionen enthalten hat. Durchaus billig ist aber in jedem Fall eine Retention, wenn es sich um solche Forderungen handelt, die aus dem Kauf auf Probe entstanden sind.[3]) Solche Forderungen können z. B. aus Fracht- und Lagerspesen entstehen, wenn dem Parteiwillen gemäß solche Unkosten beim Nichtzustandekommen des Kaufs vom Verkäufer zu ersetzen sind.[4])

---

[1]) Bd. 2 S. 1400.

[2]) So auch Makower Bd. 2 S. 1129; and. M. v. Hahn Bd. 2 S. 184; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 90; Schlegelberger S. 217.

[3]) Von Schlegelberger S. 218 auch anerkannt.

[4]) vgl. ROHG. Bd. 24 S. 48; Staub Bd. 2 S. 1704.

Dritter Teil.

Die Voraussetzungen des außerordentlichen Zurückbehaltungsrechts (HGB. § 370).

§ 9.

Das Notzurückbehaltungsrecht.

Bei normaler Vermögenslage des Schuldners spielt das Zurückbehaltungsrecht eine unbedeutende Rolle. Denn abgesehen davon, daß seine Anwendbarkeit insbesondere durch die im § 8 besprochenen Anweisungen und Verpflichtungen sehr beschränkt ist, wird ein Gläubiger regelmäßig auch von einer zulässigen Retention keinen Gebrauch machen, da eine Entziehung des Kredits besonders in der verletzenden Weise der Retention im kaufmännischen Leben als höchst unkulant gilt und regelmäßig Abbruch der Geschäftsbeziehungen zur Folge haben wird. Bei normaler Vermögenslage des Schuldners wird das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht höchstens dann ausgeübt werden, wenn dem Gläubiger infolge vermuteter Unsicherheit des Schuldners oder schwerer Geschäftsdifferenzen an der Aufrechterhaltung dieser seiner Geschäftsverbindung wenig liegt.[1]) Dagegen wird das Zurückbehaltungsrecht durch den § 370 HGB. in bestimmten Fällen der gefährdenden Vermögenslage des Schuldners zu einem sehr praktischen und wertvollen Institut. Hier findet das Retentionsrecht als sogen. „Notzurückbehaltungsrecht“ seine fast ausschließliche Anwendung, da bei genannter Vermögenslage dem Gläubiger nicht an einer Aufrechterhaltung seiner Geschäftsbeziehungen zum unsicheren Schuldner, sondern an einer baldigen sicheren Befriedigung gelegen sein wird, und das Notzurück-

[1]) vgl. Laband S. 495.

behaltungsrecht in seinen Voraussetzungen gegenüber dem ordentlichen Zurückbehaltungsrecht wesentlich erleichtert ist.

So gerechtfertigt auch das Streben des Gesetzes ist, das Zurückbehaltungsrecht gegen den kreditwürdigen Schuldner durch einschränkende Vorschriften zu erschweren, um ihn gegen etwaige unbillige wirtschaftliche Lahmlegungen zu schützen, so fällt die Berechtigung dieses Schutzes beim Vermögensverfall des Schuldners, da jetzt das Interesse der Selbsterhaltung des Gläubigers in erster Linie zu berücksichtigen ist. Deshalb hat nun auch das Gesetz durch den § 370 die engen Schranken des ordentlichen Zurückbehaltungsrechts fallen lassen, indem es die Retention bei bestimmten Tatsachen, die mit Sicherheit auf den den Gläubiger gefährdenden Vermögensverfall des Schuldners schließen lassen, auch wegen nicht fälliger Forderungen und unter gewissen Bedingungen auch in Widerspruch mit einer gläubigerischen Verpflichtung zuläßt.

Dieses erweiterte Zurückbehaltungsrecht ist gegeben, wenn

1. über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist, oder
2. der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, oder
3. eine Zwangsvollstreckung in das schuldnerische Vermögen ohne Erfolg versucht ist.[1])

Das Vorhandensein einer dieser drei Fälle ist unbedingte Voraussetzung des Notzurückbehaltungsrechts. Sonstige Unsicherheiten des Schuldners kommen nicht in Betracht,[2]) wie etwa die nachgewiesene Tatsache, daß Konkurs oder Zahlungseinstellung des Schuldners vor der Tür stehen.[3]) Andrerseits nützt es aber auch dem Schuldner nichts, wenn er beweisen

---

[1]) Der im a. HGB. noch hinzukommende Fall des Personalarrestes wegen Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit ist schon durch das Gesetz v. 29. 5. 1868 beseitigt worden.

[2]) Die dem Art. 294 des 2. Nürnberger Entw. eigene Fassung, nach der das Notzurückbehaltungsrecht zulässig, wenn der Schuldner unsicher geworden ist, ist durch die Abänderungsvorschläge der sächsischen und badischen Regierungen durch die heutige Fassung ersetzt worden, da mit Recht erkannt wurde, daß „Unsicherheit“ ein zu unbestimmtes Kriterium ist.

[3]) RG. Bd. 3 S. 113.

kann, daß er trotz Vorliegens einer der drei Unsicherheitssymptome noch sicher ist. Diese Voraussetzungen sind also ganz strikt zu interpretieren.

Die Eröffnung des Konkurses erfolgt gemäß § 108 KO. durch Beschluß des Konkursgerichts.[1]) Diesem ist gleichzustellen der Beschluß der Wiederaufnahme des durch Zwangsvergleich beendeten Konkursverfahrens nach § 198 KO., der auf Antrag, jedoch nur im Falle der rechtskräftigen Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrügerischen Bankerotts zulässig ist.

Mit der wegen erfolgreicher Anfechtung erfolgten Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (KO. §§ 109, 116) verliert der Gläubiger sein Notzurückbehaltungsrecht, da die aufhebende Entscheidung feststellt, daß die materiellen Voraussetzungen des Konkurses nicht vorliegen und somit die Tatsache der Konkurseröffnung beseitigt wird. Dagegen hat die Einstellung des Konkursverfahrens z. B. wegen Mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse (KO. § 204) oder infolge Übereinstimmung aller Gläubiger (KO. § 202) den Verlust des Notzurückbehaltungsrechts nicht zur Folge, da hier die Einstellung nicht wegen Nichtvorhandenseins der materiellen Voraussetzungen erfolgt, also die Unsicherheit nicht verneint wird.[2])

Gleichgültig ist es, ob der Konkurs im Inlande oder Auslande eröffnet ist. Ist der Konkurs eines im Auslande domizilierten Schuldners nur über sein im Inlande befindliches Vermögen eröffnet, so genügt auch das der hier besprochenen Voraussetzung des Notzurückbehaltungsrechts.

Zahlungseinstellung, ein dem kaufmännischen Geschäftsverkehr entstammender Begriff, ist die seitens des Schuldners erfolgte Kundgabe seiner Zahlungsfähigkeit. Diese Zahlungsfähigkeit liegt aber vor, wenn der Schuldner selbst mit Zuhilfenahme seines Kredits nicht imstande ist, seinen laufenden Geldverbindlichkeiten nachzukommen. Sie wird nicht durch Deckungsmöglichkeit in anderer Form (datio in solutum) und durch vereinzelte Zahlungen

---

[1]) Der Konkursantrag ist nicht genügend. Wird er aber gestellt, so liegt regelmäßig der zweite Tatbestand, Zahlungseinstellung, vor.

[2]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 575; Makower Bd. 2 S. 1131.

ausgeschlossen. Letztere führen jedoch zur Verneinung der Zahlungsunfähigkeit, wenn aus ihnen ersichtlich, daß nur ein momentanes Nichtzahlenkönnen, eine sogen. Zahlungsstockung, vorliegt. Das Nichtzahlen muß auf einem Unvermögen des Schuldners beruhen, nicht aber auf dessen Nichtzahlenwollen trotz Solvenz, also der bloßen Zahlungsweigerung. Für die Feststellung, ob eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vorliegt, ist im allgemeinen das Gesamtverhalten des Schuldners ausschlaggebend; ein andauerndes Unvermögen, einen nach der Verkehrsanschauung wesentlichen Teil der Verbindlichkeiten zu erfüllen, wird jedoch die Zahlungsunfähigkeit bejahen.[1])

Nicht jede Äußerung der Zahlungsunfähigkeit ist Zahlungseinstellung, sondern nur die durch das Verhalten des Schuldners erfolgte. Dieses Verhalten kann ausdrückliche Erklärung, Flucht und andere konkludente Handlungen sein.[2])

Die Zahlungseinstellung ist beendet, wenn der Schuldner seine Zahlungen allgemein wieder aufnimmt. Ein in der Zwischenzeit entstandenes Notzurückbehaltungsrecht wird aber durch die Zahlungsaufnahme nicht beseitigt.[3])

Eine erfolglose Zwangsvollstreckung in das schuldnerische Vermögen liegt vor, wenn die Vollstreckung nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat.

Der die Vollstreckung betreibende Gläubiger braucht mit dem Retentionsprätendenten nicht identisch zu sein. In Betracht kommen nur Vollstreckungen wegen einer Geldforderung oder einer in Geld übergegangenen Forderung und nicht etwa auch eine vergebliche Exekution wegen anderer Ansprüche, wie z. B. zur Erwirkung der Herausgabe einer bestimmten Sache, da letztere eine Unsicherheit des Schuldners keineswegs vermuten läßt und die hier in Betracht kommende vergebliche Zwangsvollstreckung doch ein Symptom für die unsichere Vermögenslage des Schuldners sein soll.[4])

---

[1]) RG. Bd. 6 S. 95.

[2]) vgl. Jaeger, Komm. z. KO. S. 354.

[3]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 576; RG. Bd. 50 S. 41 f.

[4]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 577.

Auf Grund des § 772 BGB. ist die Erfolglosigkeit anzunehmen, auch wenn sich die Vollstreckung auf das bewegliche Vermögen des Schuldners an seinem Wohnsitz und eventuell auch an seiner vom Wohnsitz getrennten Handelsniederlassung beschränkt hat. Die im Auslande erfolgte vergebliche Exekution genügt, falls der Schuldner Wohnsitz und Niederlassung im Auslande hat.

Da das Gesetz keinen Zeitraum angibt, innerhalb dessen die Zwangsvollstreckung versucht worden sein muß, und sich bei ihr kein das Notzurückbehaltungsrecht zeitlich begrenzendes und ausschließendes Moment ergibt, wie beim Konkurse die Konkursaufhebung und bei der Zahlungseinstellung die Wiederaufnahme der Zahlungen, so muß der Billigkeit wegen, die auch in Hinsicht auf die Retention eine zeitliche Begrenzung der Rechtsfolgen einer vergeblichen Zwangsvollstreckung verlangt, das Notzurückbehaltungsrecht dann ausgeschlossen sein, wenn der Schuldner den Nachweis zu liefern vermag, daß er seit der Exekution wieder in eine genügend sichere Vermögenslage gekommen ist. Selbst wenn dieser Nachweis nicht geliefert wird, soll nach Düringer-Hachenburg[1]) die frühere fruchtlose Vollstreckung für das Notzurückbehaltungsrecht nicht mehr in Betracht kommen, wenn die Pfändung so weit zurückliegt, daß dieses Ereignis „überhaupt im Verkehr nicht mehr beachtet wird". Selbstverständlich ist die vergebliche Zwangsvollstreckung dann nicht mehr beachtlich, falls eine spätere mit Erfolg durchgeführt worden ist.

Liegt nun eine der drei Tatsachen vor, so ist die Retention auf solche Fälle ansgedehnt, wo die Forderung noch nicht fällig ist.[2])

Der Abs. 2 des § 370 hat auf die Fälligkeit keinen Bezug. Es ist daher das Entstehen des Notzurückbehaltungsrechts durchaus nicht ausgeschlossen, wenn hier die Besitzerlangung in Kenntnis des schuldnerischen Vermögensverfalls erfolgt war. Dies trifft aber nicht für den Fall des Konkurses zu, da hier

---

[1]) Bd. 2 S. 577.

[2]) Entsprechend der Kompensation analogen Natur (KO. § 54).

der Besitz in Rücksicht auf die §§ 7 u. 15 KO. vor der Konkurseröffnung erlangt sein muß.[1])

Von den Bedingungen des ordentlichen Zurückbehaltungsrechts fällt außer dem eben besprochenen Erfordernisse der Fälligkeit unter gewissen Voraussetzungen noch das negative Erfordernis weg.

Die Privatdispositionen des § 369 Abs. 3 werden nämlich nach § 370 Abs. 2 dann wirkungslos, wenn dem Gläubiger eine der drei Tatsachen erst nach dem Ergehen der Dispositionen bekannt wird. Gleichgültig ist es, ob die Unsicherheit vor oder nach dem Ergehen der Dispositionen eingetreten ist. Nur auf das Wissen, und zwar positives Wissen, nicht etwa auch Wissenmüssen, kommt es an. Der maßgebende Zeitpunkt des Wissens ist der der Übernahme der Verpflichtung oder der des Ergehens der Anweisung bei der Übergabe des Retentionsobjektes. Wenn das Gesetz auch nur schlechthin von der Übergabe spricht, so ist aber nur eine solche Übergabe gemeint, die mit der betreffenden Anweisung erfolgt ist. Hieraus folgt, daß das Notzurückbehaltungsrecht gegeben ist, wenn die betreffende Tatsache auch schon vor der Anweisung oder Verpflichtung vorlag, ohne daß sie dem Gläubiger bekannt war, wie auch, wenn die Tatsache erst später eingetreten war. War dem Gläubiger die Tatsache bei Übernahme der Verpflichtung unbekannt, erfolgt aber die Besitzerlangung später, und zwar in Kenntnis der Sachlage, so hindert die frühere Verpflichtung an sich nicht das Entstehen des Notzurückbehaltungsrechts.[2])

Hat der Vertreter des Gläubigers die Verpflichtung in Unkenntnis einer der drei Tatsachen übernommen, so ist das Notzurückbehaltungsrecht nicht ausgeschlossen, wenn der Gläubiger selbst die betreffende Tatsache kannte (BGB. § 166 Abs. 1),[3])

[1]) Die Kenntnis des Gläubigers kann außerdem Verlust des Rechts zur Folge haben, da sie ein Anfechtungsrecht nach § 30 KO. gibt.

[2]) Möglich nur im Falle der Zwangsvollstreckung oder Zahlungseinstellung und mangels wiederholter Verpflichtung; vgl. RG. Bd. 12 S. 91.

[3]) Denn soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch die Kenntnis gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern des Vertreters in Betracht, es sei denn, daß die Voraussetzungen des Abs. 2 des § 166 vorliegen.

es sei denn, daß der Vertreter auf Grund einer Vollmacht und nach bestimmten Weisungen des wissenden Gläubigers gehandelt hatte (BGB. § 166 Abs. 2). Andererseits nützt dem Gläubiger seine Unkenntnis nichts, wenn der Vertreter die Sachlage kannte.

Makowers Ansicht,[1]) daß dem Gläubiger trotz Wissens einer der drei Tatsachen das Notzurückbehaltungsrecht doch zusteht, „wenn ihm nachträglich bekannt wird, daß ein Fall vorliegt, der ihn noch mehr als der bereits ihm früher bekannte gefährdet", führt zwar zu einer Einschränkung der Worte „die im Abs. 1 Nr. 1, 2 bezeichneten Tatsachen", entspricht aber wohl dem Sinne des Gesetzes. Man wird daher dem Gläubiger, welcher in Kenntnis der erfolglosen Exekution eine die Retention ausschließende Verpflichtung übernahm, das Notzurückbehaltungsrecht doch zuerkennen dürfen, wenn nachträglich Zahlungseinstellung oder Konkurs eingetreten ist.

Aus der ratio der Bestimmung des Abs. 2 ist nach Schlegelberger[2]) auch das Weitere zu folgern, daß dem Gläubiger das Notzurückbehaltungsrecht nicht zusteht, wenn er eine zur Retention berechtigende Forderung in Kenntnis einer der Unsicherheitssymptome erworben hat. Diese Folgerung ist insofern zutreffend, da im genannten Fall sich regelmäßig aus den Umständen ein Verzicht des Gläubigers auf Inanspruchnahme der Gegenstände als Deckung vor der Fälligkeit der Forderung ergeben wird.

Das außerordentliche Zurückbehaltungsrecht (Notzurückbehaltungsrecht) entsteht wie das ordentliche beim Vorliegen aller seiner gesetzlichen Voraussetzungen und nicht etwa erst mit der Erklärung, daß das Recht ausgeübt werde, also mit der Herausgabeverweigerung oder mit der Einleitung des Befriedigungsverfahrens. Dies entspricht dem früher erwähnten Grundsatze bezüglich der Entstehung eines Rechts und überhaupt der Möglichkeit des Notzurückbehaltungsrechts im Falle des Konkurses. Wollte man nämlich das Entstehen des Notzurückbehaltungsrechts von seiner Geltendmachung abhängig

---

[1]) Bd. 2 S. 1119.

[2]) S. 230f.; auch Goldschmidt Bd. 1 Abt. 2 S. 104; Korn S. 70.

machen, so würde das Recht im Konkurse nie zur Entstehung kommen, da die Geltendmachung erst nach der Eröffnung des Konkurses erfolgen kann, der Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts an einem zur Konkursmasee gehörigen Gegenstande nach Konkurseröffnung und mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern aber der § 15 KO. im Wege steht.

Für die Fälle des Abs. 2 ist zu bemerken, daß das Notzurückbehaltungsrecht beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen bereits zu dem Zeitpunkte entsteht, in welchem die nachträglich bekannt gewordene Tatsache vorlag, und nicht erst mit ihrer Kenntnisnahme seitens des Gläubigers. Diese Ansicht findet ihre Bestätigung wieder im Falle des Konkurses, denn die im § 370 erwähnte Konkurseröffnung kann doch erst nach der Eröffnung des Konkurses bekannt werden, die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts in dem Zeitpunkte widerspricht aber, wie schon bemerkt, der Konkursordnung.[1])

[1]) RG. Bd. 45 S. 106ff.; vgl. Makower Bd. 2 S. 1119; Schlegelberger S. 228.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.